

**DIE ABGRENZUNG
DER HAFTUNG DES WERKEIGENTÜMERS
NACH ART. 58 OR
VON DER VERANTWORTLICHKEIT
DES GRUNDEIGENTÜMERS
NACH ART. 679 ZGB**

DISSERTATION

DER

**JURISTISCHEN FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT BERN
ZUR ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE**

VORGELEGT VON

RENÉ FROELICHER

VON BELLACH (SOLOTHURN)



Die Fakultät hat diese Arbeit am 12. Mai 1949 auf Antrag von Prof. Dr. Peter Liver als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.



Inhaltsverzeichnis

	Seite
Literaturverzeichnis	5
Materialien	7
Abkürzungen, Gesetze und Zeitschriften	8
Vorwort	9

I. Teil: Einleitung

I. Abschnitt: Die Haftungsprinzipien und die Stellung der Werk- und Grundeigentümerhaftung im System des Haftpflichtrechts.

§ 1. Die verschiedenen Haftungsprinzipien	11
I. Die Haftungsbegründung als Problem der Gesetzgebung	11
II. Die Haftung aus Verschulden	20
III. Die Haftung ohne Verschulden	23
§ 2. Die Werkhaftung nach OR 58 und die Grundeigentümerhaftung nach ZGB 679 als Kausalhaftungen	27
I. Das Wesen der Werk- und Grundeigentümerhaftung	27
II. Abgrenzung von andern Kausalhaftungen	30

II. Abschnitt: Geschichtliches und Rechtsvergleichendes

§ 3. Die Entwicklung der Haftungen für Schädigungen durch unbewegliche Sachen	33
I. Die cautio damni infecti des römischen Rechts	33
II. Die geltende Regelung in ausländischen Rechten	36
III. Aus der Entstehungsgeschichte der Art. 58 OR und 679 ZGB	39
IV. Die systematische Stellung der Grundeigentümerhaftung im Sachenrecht und deren Verhältnis zur Werkhaftung	42

II. Teil: Die Abgrenzung der Haftung des Werkeigentümers von der Verantwortlichkeit des Grundeigentümers

I. Abschnitt: Haftungsgründe und Gegenstand der Haftung

§ 4. Die Haftungsgründe von OR 58 und ZGB 679	51
§ 5. Der Gegenstand der Haftungen nach OR 58 und ZGB 679	55
I. Einleitung	55
II. Der Gegenstand der Grundeigentümerhaftung	56
III. Der Gegenstand der Werkhaftung	62

<i>II. Abschnitt: Die Voraussetzungen der Haftpflicht</i>		Seite
§ 6.	Gemeinsame Voraussetzungen	66
	I. Der Schaden	66
	II. Der Kausalzusammenhang	70
	III. Die Widerrechtlichkeit	70
§ 7.	Die besonderen Voraussetzungen beider Haftungsarten	71
	I. Die Mangelhaftigkeit des Werkes	72
	II. Die Ueberschreitung des Grundeigentumsrechts	75
	III. Gegenüberstellung und Abgrenzung von Tatbeständen nach OR 58 und ZGB 679	79
§ 8.	Die Entlastungsgründe	88
	I. Höhere Gewalt, Selbst- und Drittverschulden	88
	II. Die Wegbedingung der Haftung	89

<i>III. Abschnitt: Die Klagen (Legitimation, Inhalt, Regress)</i>		
§ 9.	Die Subjekte der Haftpflicht	91
	I. Die Aktivlegitimation	91
	II. Die Passivlegitimation	94
	III. Anwendbarkeit von OR 58 und ZGB 679 auf die Haftung öffent- lich-rechtlicher Körperschaften	96
§ 10.	Der Inhalt der Klagen	101
	I. Die Klagen auf Schadenersatz	101
	II. Die Präventivklagen	102
	III. Die Beseitigungsklage gemäss ZGB 679	104
	Anhang:	
	IV. Die Verjährung der Ansprüche	106
	V. Abgrenzung von andern Klagen	106
§ 11.	Der Rückgriff	107

<i>IV. Abschnitt: Die Konkurrenz verschiedener gesetzlicher Tatbestände</i>		
§ 12.	Die Gesetzeskonkurrenz	109
	I. Gesetzeskonkurrenz	109
	II. Anspruchskonkurrenz	110
	Schlussbetrachtungen	111

Literaturverzeichnis

- Bachmann Ernst*: Die nachbarliche Ueberschreitung des Grundeigentumsrechts, Diss. Bern 1937, erschienen in Abhandlungen zum schweiz. Recht, N. F. 123. Heft.
- Baron J.*: Pandekten, 9. Aufl. Leipzig 1896.
- Bauhofer Arthur*: Immissionen und Gewerberecht, Diss. Zürich 1916.
- Becker Hermann*: Kommentar zum Obligationenrecht, 2. Aufl. Bern 1941, I. Abteilung.
- Bettschart A.*: Die Haftung des Gemeinwesens als Eigentümer der Strassen, in SJZ 33, S. 1—6, 23—29.
- Bienenfeld Rudolf*: Die Haftungen ohne Verschulden, Berlin und Wien 1933.
- Blumer Heidi*: Die Haftungen für Schädigungen durch unbewegliche Sachen. Rechtsvergleichende Darstellung der Gebäude- und Werkhaftung und der Grundeigentümersverantwortlichkeit . . ., Diss. Zürich 1940.
- Böckli Alfred*: Die Billigkeitshaftung des Art. 58 des schweiz. Obligationenrechts, Diss. Bern 1918.
- Borter Jakob Alfred*: Die Haftung des Gemeinwesens für Werkschaden, Diss. Bern 1938.
- Brodbeck*: Schweiz. Rechtslexikon, Zürich 1909, III. Teil.
- Brodbeck-Düppen*: Bundesgerichtspraxis zum Zivilgesetzbuch, Zürich 1934, Nachtrag 1937.
- Brühlmann Werner*: Haftung und Rückgriff im Schadenersatzrecht, Diss. Bern 1927.
- Burckhardt C. Chr.*: Die Revision des schweiz. Obligationenrechts in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht, in ZSR 22 N. F., S. 469 ff.
- Burckhardt Walter*: Einführung in die Rechtswissenschaft, Zürich 1939 (zit. W. Burckhardt, Einführung).
- Methode und System des Rechts, Zürich 1935.
- Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 2. Aufl., Zürich 1944 (zit. W. Burckhardt, Organisation).
- Düppen*: Bundesgerichtspraxis zum Obligationenrecht, Zürich 1936.
- Dernburg Heinrich*: System des römischen Rechts, I. Bd., 8. Aufl., Berlin 1911/1912 (zit. Dernburg, Röm. Recht).
- Pandekten, I. Bd., 4. Aufl., Berlin 1894 (zit. Dernburg, Pandekten).
- Enneccerus-Lehmann*: Lehrbuch des (deutschen) bürgerlichen Rechts, II. Bd., 12. Aufl. Marburg 1932.
- Esser Josef*: Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, München-Berlin 1941.
- Fick-Morlot*: Kommentar zum schweiz. Obligationenrecht, Zürich 1915.
- Fleiner Fritz*: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. Neudruck, Zürich 1939.
- Funk Fritz*: Handkommentar des Obligationenrechts, Aarau 1928.
- v. Gierke Otto*: Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 1889.

- Giovanoli Silvio*: Zufall und höhere Gewalt im schweiz. Rechte, in ZSR 54 N. F., S. 1—40.
- Gröner Otto*: Die Konkurrenz verschiedener Haftpflichtansprüche eines Geschäftigen und die daraus entstehenden Regressverhältnisse, Diss. Zürich 1912.
- Guhl Theo*: Untersuchungen über die Haftpflicht aus unerlaubter Handlung nach schweiz. Obligationenrecht, erschienen in Abhandlungen zum schweiz. Recht, 1. Heft (zit. Guhl, Untersuchungen).
- Das schweiz. Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 1944.
- Guisan François*: Le domaine public et le droit de voisinage, in JdT 84 (1936), S. 298—315, auch als Separatdruck erschienen.
- Haab Robert*: Kommentar zum Sachenrecht, 2. Aufl. des Kommentars von Wieland, Zürich 1933 ff.
- Hagmann Peter*: Die Rechtsstellung der öffentlich-rechtlichen Unternehmen von Kanton und Gemeinde im Kanton Solothurn, Diss. Bern 1947.
- Hauser Alphons*: Das Verhältnis der Werkeigentümerhaftung zur Grundeigentümerverantwortlichkeit, Diss. Basel 1930.
- Homberger Arthur*: Haftpflicht ohne Verschulden, in ZSR 49 N. F., S. 1a—64a (zit. Homberger, ZSR).
- Das schweiz. Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Zürich 1943.
- Homberger und Marti*: Die Verantwortlichkeit des Grundeigentümers, in Nr. 430 der schweiz. jurist. Kartothek, 7, rue Petitot, Genève.
- Huber Eugen*: System und Geschichte des schweiz. Privatrechts, Basel 1889, III. Bd. (zit. E. Huber, System).
- Erläuterungen zum Vorentwurf des Zivilgesetzbuches, II. Bd.: Sachenrecht und Text des Vorentwurfes vom 15. Nov. 1900, Bern 1914 (zit. E. Huber, Erläuterungen).
- Jeker Hugo*: Die Voraussetzungen der Haftung für Werkschaden, Diss. Bern 1938.
- v. Jhering Rudolf*: Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, Giessen 1867.
- Keller Rudolf*: Die Ueberschreitung des Eigentumsrechts an Grundstücken, Diss. Bern 1909.
- Leemann*: Kommentar zum Sachenrecht, I. Abteilung, 2. Aufl., Bern 1920 (1. Aufl. Bern 1911).
- Liver Peter*: Grundlagen und Entwicklung der Haftung ohne Verschulden, in NZZ Nr. 1151, 1154 und 1156, Zürich 1942 (zit. Liver, NZZ).
- Der Prozess des Müllers Arnold und das geltende private Wasserrecht, in ZBJV 82 (1946), S. 97—113, 145—165 (zit. Liver, ZBJV).
- Madöry*: Immissionen, Diss. Basel 1935.
- Méan Benjamin*: La responsabilité du propriétaire de bâtiments ou de tout ouvrage, Diss. Lausanne 1904.
- Merkel Rudolf*: Die Kollision rechtmässiger Interessen und die Schadenersatzpflicht bei rechtmässigen Handlungen, Strassburg 1895.
- Oftinger Karl*: Schweiz. Haftpflichtrecht, 2 Bde., Zürich 1940/1942.
- Oser-Schönenberger*: Kommentar zum Obligationenrecht, I. Abteilung, 2. Aufl., Zürich 1929 (1. Aufl. Zürich 1915 von Oser).
- Petitpierre Max*: La responsabilité causale, in ZSR 49 N. F., S. 65a—114a.
- Rossel*: Manuel du droit fédéral des obligations, 2 Bde., 4. Aufl. Lausanne-Genève 1920.
- Rossel et Mentha*: Manuel du droit civil suisse, 2. Aufl. Lausanne-Genève 1922.
- Rothenhäusler Carl*: Die Verantwortlichkeit des Grund- und Werkeigentümers nach schweiz. Zivilrecht (ZGB 679; OR 58, 59), Diss. Zürich 1919.
- Ruck Erwin*: Schweiz. Verwaltungsrecht, 2 Bde., 2. Aufl., Zürich 1939/1942.
- Das Eigentum im schweiz. Verwaltungsrecht, in Festgabe für Paul Speiser, S. 16—38, Basel 1926 (zit. Ruck, in Festgabe Speiser).

- Rümelin Max*: Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches zur objektiven Schadenersatzpflicht, Leipzig 1897 (zit. M. Rümelin, Die Gründe).
- *Schadenersatz ohne Verschulden*, Tübingen 1910 (zit. M. Rümelin, Schadenersatz).
- Savatier René*: Du droit civil au droit public, Paris 1945.
- Schärer Max*: Recht und Gerichtspraxis über Haftpflicht und Schadenersatz (Haftpflichtpraxis), Bern 1940.
- Schnyder von Wartensee Marg.*: Einschränkung und Wegbedingung der Haftung und ihre Grundlagen, Diss. Zürich 1945.
- Schoop Arthur*: Die Mangelhaftigkeit des Werkes als Voraussetzung der Haftung des Werkeigentümers nach schweiz. Recht, Diss. Bern 1941.
- Seiler Hugo*: Die Haftpflicht des Gemeinwesens für Verkehrssicherheit öffentlicher Strassen, Diss. Bern 1938.
- Stark Emil Wilhelm*: Entlastungsgründe im Haftpflichtrecht (Höhere Gewalt, Selbst- und Drittverschulden). Diss. Zürich 1946.
- Staudinger-Engelmann*: Kommentar zum BGB, 9. Aufl. München-Berlin-Leipzig 1929.
- Teisseire*: Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité, Thèse Paris 1901.
- Tobler Otto*: Zur Schadenersatzpflicht des Grundeigentümers aus Ueberschreitung seines Eigentumsrechts nach ZGB, in SJZ 6, S. 60—62.
- Trueb Hans*: Der Rechtsmissbrauch im modernen Recht..., Diss. Bern 1909.
- v. Tuhr-Siegwart*: Allgemeiner Teil des schweiz. Obligationenrechts, 2 Bde., 2. Aufl. Zürich 1942/1944 (1. Aufl. Tübingen 1924/1925 von v. Tuhr Andreas).
- Tuor Peter*: Das schweiz. Zivilgesetzbuch, 4. Aufl., Zürich 1940.
- Unger Josef*: Handeln auf eigene Gefahr, Jena 1904.
- Waldis Aloys*: Das Nachbarrecht, 2. Aufl., Luzern 1923.
- Wegmann Karl*: Das Gemeinwesen als Nachbar, Diss. Bern 1941, erschienen in Abhandlungen zum schweiz. Recht, N. F. 188. Heft.
- Weiss*: Sammlung eidgenössischer und kantonaler Entscheidungen zum schweiz. ZGB und OR, Zürich 1925 ff.
- Wieland Carl*: Kommentar zum Sachenrecht, Zürich 1909.
- Windscheid Bernhard*: Lehrbuch des Pandektenrechts, I. und II. Bd., 9. Aufl. (2. Bearbeitung von Kipp) Frankfurt a. M. 1906.

Wo nichts Besonderes erwähnt ist, wird das angeführte Werk jeweils nur mit dem Namen des Verfassers zitiert. Weitere Literaturhinweise erfolgen in den Fussnoten.

Materialien

- Protokolle über die Beratungen zum ZGB (Sachenrecht) 1902.
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Bundesgesetz, enthaltend das schweiz. ZGB vom 28. Mai 1904.
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betr. die Revision des OR vom 3. März 1905.
- Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung betr. die Revision des OR (Nachtrag zur Botschaft vom 3. März 1905) vom 1. Juni 1909.
- Amtliches stenographisches Bulletin des National- und Ständerates von 1909/1910.

Abkürzungen, Gesetze und Zeitschriften

a. a. O.	am angeführten Ort
a. E.	am Ende
A. M.	anderer Meinung
Annales	Annales de Jurisprudence, Droit fédéral civil et public (Lausanne), erschienen 1893—1911
aOR	altes schweiz. Obligationenrecht vom 14. Juni 1881
Aufl.	Auflage
betr.	betreffend
BGB	bürgerliches Gesetzbuch für das deutsche Reich vom 18. August 1896
BGE	Entscheidungen des schweiz. Bundesgerichtes, amtliche Sammlung
BGer	Bundesgericht
BIZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung (Zürich), seit 1902
bzw.	beziehungsweise
CC	Code civil français
ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
EHG	Eisenbahnhaftpflichtgesetz vom 28. März 1905
ELG	Elektrizitätsgesetz vom 24. Juni 1902
FHG	Fabrikhaftpflichtgesetz vom 25. Juni 1881
Gl. M.	gleicher Meinung
HE	Schweiz. Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen (Zürich), seit 1902 BIZR
i. e. S.	im engeren Sinn
i. w. S.	im weiteren Sinn
JdT	Journal des Tribunaux (Lausanne), seit 1854
Komm.	Kommentar
LVO	Luftverkehrsordnung vom 27. Jan. 1920
m. E.	meines Erachtens
MFG	Motorfahrzeuggesetz vom 15. März 1932
N	Note (bei Kommentaren Randnote, sonst Fussnote)
N. F.	neue Folge
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OR	revidiertes schweiz. Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezember 1936
Pra	Praxis des schweiz. Bundesgerichts, seit 1912. Monatliche Berichte über die wichtigsten Entscheide, Verlag von Helbing & Lichtenhahn Basel
Revue	Revue der Gerichtspraxis im Gebiete des Bundeszivilrechts. Beilage zur Zeitschrift für schweiz. Recht, seit 1912 Pra
RGE	Entscheidungen des deutschen Reichsgerichts
SchlT	Schlusstitel
Semjud	La semaine judiciaire (Genève)
SJZ	Schweiz. Juristenzeitung (Zürich), seit 1905
Sten Bull	amtliches stenographisches Bulletin des National- und Ständerates
u. a.	unter anderem
u. a. m.	und andere mehr
vgl.	vergleiche
VVG	Versicherungsvertragsgesetz vom 2. April 1908
z. B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (Bern), seit 1865
ZGB	Schweiz. Zivilgesetzbuch vom 10. Dez. 1907
zit.	zitiert
ZSR	Zeitschrift für schweiz. Recht (Basel), seit 1852

Vorwort

Werk- und Grundeigentümerhaftung sollen voneinander abgegrenzt, das Verhältnis soll bestimmt werden, in dem sie zueinander stehen. Die gemeinsamen und die unterscheidenden Merkmale der beiden Haftungen müssen daher hervorgehoben werden. Dies schliesst notwendig deren stetes Vergleichen in sich. Da sich jedoch nur Bekanntes vergleichen lässt, sind Werk- und Grundeigentümerhaftung zuerst in ihren wesentlichen Grundzügen darzustellen. Auf zwei Arten liesse sich diese Darstellung denken, einmal, indem die beiden Haftungen nacheinander jede für sich, als in sich geschlossene Tatbestände, betrachtet würden, dann aber auch, indem jeweils ein besonderes Moment der Haftungen herausgegriffen und die vergleichende Betrachtung der beiden Haftungen in bezug auf dieses Merkmal durchgeführt wird. Wenn sich der Verfasser für letztere Methode entschieden hat, so geschah dies, um Wiederholungen, die sich bei Anwendung der erstgenannten Methode zwangsläufig ergäben, zu vermeiden, und, um von einer allzu langen Einleitung, die erst zum Ausgangspunkt führt, absehen zu können. Zudem finden sich in der zahlreichen Literatur zum Haftpflichtrecht bereits einige besondere Untersuchungen, vor allem der Werkeigentümerhaftung. Hingewiesen sei insbesondere auf das Werk «Schweizerisches Haftpflichtrecht» von Prof. Oftinger.

Mit dieser Wahl der Methode ist auch über den *systematischen* Aufbau der vorliegenden Arbeit entschieden. Der erste Teil der Arbeit soll den Ausgangspunkt der Untersuchung festlegen. Er soll uns vertraut machen mit dem allgemeinen Problem der Haftung schlechthin, mit der Frage nach dem Grunde, aus welchem ein eingetretener Scha-

den einer bestimmten Person zugerechnet wird. Aus ihrer Beantwortung ergeben sich die Haftungsprinzipien, in welche Werk- und Grundeigentümerhaftung einzuordnen sind. Hierauf folgen historische und rechtsvergleichende Erörterungen, soweit sie dem Verfasser für die folgenden Untersuchungen wertvoll erscheinen und soweit sie insbesondere zur Abklärung des Problems der Abgrenzung, wie es sich bei der Rechtsanwendung stellt, beizutragen vermögen. Der zweite Teil führt uns dann zur eigentlichen Aufgabe, der Abgrenzung der Werk- von der Grundeigentümerhaftung im einzelnen. Anhand der Haftungsgründe, der verschiedenen Gegenstände der Haftung, der gemeinsamen und verschiedenen Haftungsvoraussetzungen, der Bedeutung der gegebenen Klagen wird versucht, die unterscheidenden Merkmale der beiden Haftungstatbestände zu bestimmen, während in einem letzten Abschnitt die Konkurrenz verschiedener gesetzlicher Tatbestände behandelt wird.

Der Verfasser möchte nicht verfehlen, Herrn Prof. Dr. P. Liver auch an dieser Stelle für die vielen Anregungen und Ratschläge seinen herzlichen Dank auszusprechen.

I. TEIL

Einleitung

I. Abschnitt

Die Haftungsprinzipien und die Stellung der Werk- und Grundeigentümerhaftung im System des Haftpflichtrechts

§ 1. Die verschiedenen Haftungsprinzipien

I. Die Haftungs begründung als Problem der Gesetzgebung

«Das Recht ... ist eine verbindliche Ordnung, die *Ausführung eines ethischen Postulates*, und tritt selbst als ein ethisches Postulat auf.»¹

Wie wahr diese Worte sind, zeigt sich insbesondere auf dem Gebiet des Schadenersatzrechtes, bezweckt dieses doch, wirtschaftlichen Schaden und seelische Unbill, die einen Menschen getroffen haben, möglichst wieder gut zu machen. Von jeher war die Schadenszurechnung eine der wichtigsten Fragen des Zivilrechtes. Sie hat die Voraussetzungen zu bestimmen, unter denen die Pflicht entsteht, einem anderen den Schaden zu ersetzen. Nicht immer wurde diese Frage gleich beantwortet, vielmehr hat die Gesetzgebung im Laufe der Zeit verschiedene Regelungen getroffen, je nach den sozialetischen und wirtschaftlichen Verhältnissen und Anschauungen der betreffenden Zeitepoche. Das Problem der Schadentragung reicht eben weit über das Gebiet des Rechts hinaus². In ganz besonderem Grade, betont *Unger*³, sei das Schadenrecht das Produkt und der Niederschlag der ethischen Ueberzeugungen sowie der sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse einer bestimmten Kulturepoche. So ist denn umgekehrt auch die jeweils

¹ W. Burckhardt, Einführung S. 203 (Auszeichnung vom Verfasser), ebenso S. 197 ff., 227; ders., Organisation S. 234.

² C. Chr. Burckhardt, ZSR 22 N. F., S. 476; Guhl, Untersuchungen, S. 3, 4; Oftinger, S. 36 N 31 und dortige Zitate.

³ Unger, S. 1.

erfolgte gesetzliche Behandlung dieses Problems geeignet, «das Spiegelbild der zeitlichen Denk- und Empfindungsweise eines Volkes wiederzugeben und uns mit seinen ethischen und sozialen Anschauungen vertraut zu machen»⁴. Im Zweck des Schadenersatzrechts, nicht nur geschehenes Unglück zu mildern, sondern auch die Entstehung neuen Unglücks zu verhüten, liegt nicht nur eine gesetz- und verwaltungstechnische Aufgabe, sondern «ein allgemeines *erzieherisches Problem*: dem Menschen den Grundgedanken der Ethik tief einzupflanzen, die *Achtung vor dem Lebendigen*»⁵.

Die Frage nach dem Träger des Schadens stellt sich der Gesetzgebung vor allem für den *Unglücks- oder Zufallsschaden*. Das Unglück ist dabei wie das Unrecht beim Deliktsschaden als ein Geschehnis zu verstehen, das man als solches objektiv bedauert, und das sich mit der Idee einer vollkommenen Ordnung nicht verträgt. Im Gegensatz zum Verschulden liegt die Schadensursache hier in der Regel in einem nicht unmittelbar durch menschliches Verhalten herbeigeführten Ereignisse. Ein menschliches Verhalten ist aber auch beim Zufallsschaden immer am Schadensereignisse beteiligt, wenn auch nur mittelbar⁶. In früheren Rechten gelangte man nun dadurch, dass man bei schuldhafter Herbeiführung eines Schadens zum Angriff auf die Schädiger überging, die man schlechter Gesinnung oder verwerflichen Leichtsinns zieh, während man es bei Eintritt eines Unglücksschadens mit dem allgemeinen Bedauern bewenden liess⁷, für die Schadenszurechnung zu folgender Lösung: Schaden, der durch Verschulden entstand, fiel auf den Schädiger zurück, für den Unglücks- oder Zufallsschaden galten dagegen grundsätzlich die römisch-rechtlichen Parömien «*casum sentit dominus*» und «*casus a nullo praestantur*», wonach derjenige den Schaden zu tragen hatte, in dessen Vermögen er eingetreten war⁸. Es haftete demnach niemand für Zufall. Ohne Verschulden war der Schaden, den Menschen angerichtet hatten, gleich einem Naturereignis; derjenige hatte ihn zu tragen, der davon betroffen wurde⁹. In

⁴ Jeker, S. 5.

⁵ Oftinger, Vorwort, S. XXIII.

⁶ Manchmal tritt freilich auch unmittelbar ein zum Schaden kausales menschliches Verhalten neben dem Zufall auf, doch fehlt mit der subjektiven Vorausschbarkeit auch die Schuld.

Der Begriff des Zufalls wird verschieden definiert. Nach allgemeiner Auffassung versteht man darunter ein schädliches Ereignis, insofern «als es einem Menschen, insbesondere dem Vertragsschuldner, nicht zum Verschulden angerechnet wird. Der Zufall ist oft ein Naturereignis, kann aber auch in der Handlung eines Dritten bestehen, für welchen der Schuldner nicht haftet, oder in einer eigenen schuldlosen Handlung» (vgl. v. Tuhr, Allg. Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 1918, II. Bd., S. 495).

⁷ Esser, S. 1 f.

⁸ Homberger, ZSR 49 N. F., S. 18a; Oftinger, S. 34; Esser, S. 71 ff., kritisiert diese Gegenüberstellung.

⁹ Homberger, ZSR 49 N. F., S. 1a.

geistreicher Verteidigung des Schuldprinzips erklärte *Ihering*¹⁰: «Nicht der Schaden verpflichtet zum Schadenersatz, sondern die Schuld.»

Wie sehr sich auch das Haftungsprinzip des Verschuldens bewährt hat, reichte es aber doch nicht aus, um als einziges der Vielfalt des Lebens und den mannigfachen Gefahren, welche die fortschreitende wirtschaftliche und technische Entwicklung heraufbeschwor, zu genügen¹¹. Der Grundsatz, dass nur das Verschulden eine Haftung begründe, führte sehr oft zu ganz unbilligen Ergebnissen, indem ein unschuldig zu Schaden Gekommener den Nachteil zu tragen hatte, nur weil sich dem Schädiger ein Verschulden nicht nachweisen liess. Vielfach musste so der Geschädigte den Schaden hinnehmen, trotzdem ihn noch weniger eine Schuld traf als den Urheber. Um in solchen Fällen gleichwohl einen gerechten Schadensausgleich herbeiführen zu können, hat die Praxis zunächst zu allerlei Vorwänden und Auswegen gegriffen, wie Ausweitung des Verschuldensbegriffs bis zur culpa levissima, übersteigerten Anforderungen an die Sorgfalt, Reduzierung oder Unterdrückung der Entlastungsmöglichkeit und dergleichen¹². Schliesslich sah sich die Rechtswissenschaft aber doch gezwungen, über den Verschuldensgrundsatz hinauszugehen und nach weiteren Haftungsgründen zu forschen. Dem Rechtsempfinden folgend, hat sie sich bemüht, korrigierend in das Schicksal einzugreifen und dessen Härten abzuschwächen. Namentlich *Gierke* war es, der die Notwendigkeit einer Haftung ohne Verschulden schon früh mit den Worten angedeutet hatte, dass es eine romanistische und individualistische Verirrung, eine Verkennung der sozialen Aufgabe des Privatrechts sei, wenn die Gesamtordnung des Schadenersatzrechts auf den Deliktbegriff gebaut werden solle... Die *ausgleichende Gerechtigkeit* fordere, soweit dies tunlich sei und nicht zu unbilliger Härte auf der Gegenseite führe, eine Ueberwälzung der Folgen¹³. Um den Schaden aber von dem Betroffenen auf einen anderen (denjenigen, der den Nachteil unmittelbar oder mittelbar herbeigeführt hat) abzuwälzen, bedarf es einer inneren Rechtfertigung, eines sogenannten *Haftungs-*

¹⁰ *Ihering*, S. 40.

¹¹ *Homburger*, a. a. O.: «... und ganz offen setzte die technische Entwicklung des letzten Jahrhunderts einen Haftpflichtanspruch durch, den keine juristische Kunst mit dem Verschuldensprinzip in Einklang zu bringen vermochte. Man musste es nach anfänglichem Sträuben erkennen: Das Haftpflichtrecht hatte dasjenige, was man für sein Prinzip genommen hatte, durchbrochen.»

Petitpierre, ZSR 49 N. F., S. 66a: «Le développement du machinisme, le nombre croissant des accidents, la difficulté de découvrir leurs causes souvent complexes et de les rattacher à une faute, ont fait apparaître que le critère de la faute était insuffisant.» Vgl. auch *Liver*, NZZ Nr. 1151; *Guhl*, S. 128; *Savatier*, S. 88 f.; *Blumer*, S. 50.

¹² *Esser*, S. 6, 30 ff.; *Liver*, NZZ Nr. 1151; § 1, II.

¹³ *Gierke*, S. 33.

grundes oder -prinzips¹⁴. Bei der Culpahaftung liegt diese Rechtfertigung im Verschulden, einem ethisch tadelnswerten Verhalten, das die Ursache des Schadens darstellt, und das sich dem Haftpflichtigen vorwerfen lässt. «Dass jeder den von ihm verschuldeten Schaden selbst tragen muss und entsprechend die Schädigung anderer wieder gutzumachen hat, ist eine . . . Unrechtsfolge, das heisst Folge einer Rechtsgut- und Pflichtverletzung»¹⁵. Demgegenüber stellt sich das Problem der Schadenszurechnung beim Unglücks- oder Zufallsschaden ganz anders. Hier lautet die Lösung nicht Wiedergutmachung verschuldeten Unrechts, sondern *gerechte Zurechnung* des Unglücks¹⁶. Es ist ein ethisches Postulat, die Zufallsschäden gerecht zuzuteilen¹⁷. Dabei handelt es sich nicht um die blossе «Ersatz»frage, sondern überall um das Grundproblem, diejenigen Personen zu bestimmen, die einen nicht

¹⁴ Guhl, S. 127; Oftinger, S. 20 ff., 35: es brauche «ein zusätzliches Element, das diese Ueberwälzung erlaubt.»

¹⁵ Esser, S. 70. Dieser betont, dass es eine «ohne Rücksicht auf die Güterverteilung bestehende» Unrechtsfolge sei. Das trifft schon zu; die Schadenersatzpflicht des Täters beruht auf dem Verschulden und besteht nicht mit Rücksicht auf die Güterverteilung. Esser betont dies jedoch ausdrücklich, um nachher im Gegensatz dazu die entscheidende Bedeutung der Güterverteilung bei der Zurechnung des Unglücks- oder Zufallsschadens hervorzuheben. Gewiss spielt da die Güterverteilung auch eine erhebliche Rolle, aber nicht die entscheidende. Sie kommt in Billigkeits- und Zweckmässigkeitserwägungen zum Ausdruck, die mitbestimmend waren für die Aufstellung verschiedener Tatbestände der Haftung ohne Verschulden (z. B. OR 54, 55, 56, 58). Immer muss aber noch ein objektiv umschriebener Tatbestand erfüllt sein, der als solcher haftungsbegründend wirkt. So knüpft OR 58 an das Eigentum am Werk an und setzt zur Haftungsbegründung die Mangelhaftigkeit des Werks voraus. Keineswegs darf die blossе Zweckmässigkeit bei der Zurechnung des Unglücks- oder Zufallsschadens entscheiden. Dies würde der Gerechtigkeitsidee widersprechen. Vgl. hinten S. 17 f.

Es zeigt sich hier die bewusste Anknüpfung Essers an sozialistische Kritiker des bürgerlichen Rechts, wie Mataja, Menger usw. Vgl. die Kritik von Liver in NZZ Nr. 1151.

¹⁶ Esser, S. 5, spricht von gerechter «Verteilung» des Zufallsschadens und im folgenden von Schadens«verteilung». Der Verfasser möchte demgegenüber eher das Wort «Zurechnung» oder «Zuteilung» gebrauchen, denn einmal ist nicht gesagt, dass der Schaden wirklich auf mehrere Träger überwälzt wird, dann auch erinnert «Verteilung» zu sehr an die genossenschaftliche Schadenstragung, wie sie zum Beispiel bei der Versicherung besteht. Esser gebraucht die Bezeichnung «Verteilung» im Hinblick auf seinen Leitsatz «soziale Planung», den er dem Problem der Zurechnung von Unglücksschäden zugrundelegt, vgl. hinten S. 17 f.

¹⁷ Auf die Frage aber, was gerecht ist, vermögen wir keine allgemein-gültige Antwort zu geben, weil sich der Begriff der Gerechtigkeit nicht zerlegen lässt (W. Burckhardt, Einführung S. 230 f.). Er ist ein Grundbegriff, den man voraussetzen muss und der dem Rechte erst seinen Sinn gibt. Diese Idee des Gerechten hat dem Gesetzgeber als allgemeiner Richtpunkt zu dienen; die Ordnung, die er aufstellt, soll gerecht sein. Vgl. auch W. Burckhardt, Organisation S. 230 ff.; Paul Häberlin, Ethik (Zürich 1946) S. 200; ders., Die Idee der Gerechtigkeit, in ZSR 66 N. F., S. 395 ff.

A. M. Simonius, Wissenschaftliche Weltanschauung und Rechtswissenschaft (Zur Rechtsphilosophie Arthur Baumgartens, 1929), in ZSR 40 N. F., S. 273 f.

verschuldeten Schaden definitiv tragen sollen¹⁸. Nach welchen Kriterien soll man aber Schaden, dessen Eintritt niemandem vorzuwerfen ist, doch jemandem von Rechts wegen zurechnen können? Mit Recht stellt Esser fest,¹⁹ dass die Einsicht, man solle bei der «Verteilung» des Zufallsschadens mit der Fragestellung nicht erst nach eingetretenem Schaden beginnen, sondern von vorneherein fragen, wer das Risiko für den etwaigen Zufall trägt, einen weiteren Schritt zur Grundfrage hinführt. Daraus ergibt sich, dass die gesetzgeberische Aufgabe vorwiegend nicht in der Bewertung eines Verhaltens oder einer Einrichtung liegt, sondern im *Ordnen von Zuständen*. Gerade darin liegt die besondere Schwierigkeit der Zurechnungsfrage, dass nicht subjektive, vielmehr objektive Kriterien dafür massgebend sind, menschliches Verhalten nur unter ihnen in Betracht fällt.

Dieser Entwicklung des ausserdeliktischen Schadensersatzrechts stand vor allem der Umstand entgegen, dass das Unfallwesen vor der Zeit der Technisierung von relativ geringer Bedeutung war. Aber auch die gesamte weltanschauliche und politische Lage des 19. Jahrhunderts begünstigte diese Entwicklung nicht. Das Vernunftsrecht und die liberalistischen Ideen von Freiheit und Gleichheit, von der Selbstbestimmung und Selbstverantwortung der Individuen lehnten jede Haftung ohne Verschulden ab²⁰. Das Schlagwort: «Dem Tüchtigen gehört die Welt» übertönte jede Forderung nach einer Haftung ausserhalb des Verschuldensdogmas²¹. Eine grosse Abneigung herrschte gegen jede Belastung der wirtschaftlichen Kräfte. Dann aber konnte sich eine Haftung ohne Verschulden vorerst auch nicht entwickeln, weil man in positivistischer Bindung an die vorhandenen Lösungen sich bloss mit systematischer Gesetzesexegese beschäftigte und wenig Verständnis für neue Probleme und Lösungen zeigte. Schliesslich verlor sich die Rechtswissenschaft «jahrzehntelang in der aussichtslosen Suche nach einem einheitlichen ausserdeliktischen Haftungsgrund»²², im Sinne eines Tatbestandsmerkmals, an das die Haftung geknüpft werden könnte. Diese Bestrebungen fanden ihr Ende erst mit der Erkenntnis, dass ausserhalb des Verschuldens kein Tatbestandsmoment gefunden werden kann, das allein eine Schadenshaftung zu begründen imstande

¹⁸ Guhl, Untersuchungen, S. 3; Liver, NZZ Nr. 1151; Esser, S. 70. Entgegen letzterem handelt es sich bei der Schadenszurechnung aber nicht um die «freie» rechtliche Wahl unter mehreren Leidenskandidaten, kann doch die Zuteilung nicht willkürlich einfach an einen Tragfähigen erfolgen, sondern muss ein Haftungsgrund die Schadensüberwälzung rechtfertigen (vgl. vorne N 15). Die Tendenz, aus der Tragfähigkeit ein Haftungsprinzip zu machen, ist entschieden abzulehnen, vgl. Rothenhäusler, S. 117. — Teisseire, S. 152.

¹⁹ Esser, S. 72.

²⁰ Esser, S. 50 ff., Liver, NZZ Nr. 1151.

²¹ Rümelin, Die Gründe, S. 19.

²² Esser, S. 65 f.; Liver, NZZ Nr. 1151.

wäre, und dass man sich mit der *analytischen Darstellung* der einzelnen Haftungstatbestände begnügen muss²³. «Auf die Frage aber», bemerkt C. Chr. Burckhardt²⁴, «wann denn positiv ein Haftungsgrund vorliege, ist noch keine einheitliche Antwort gefunden worden und wird sich auch trotz allem heissen Bemühen schwerlich je eine finden lassen, weil des Lebens unendlich reiche Mannigfaltigkeit nicht unter eine starre Regel gebeugt werden kann. Die soviel geforderte Einheit wäre eine das Leben vergewaltigende Einförmigkeit».

Insbesondere kann also auch das Prinzip der *Verursachung* nicht als einheitlicher Haftungsgrund in Frage kommen. «Von der blossen Verursachung führt keine Brücke zur Verantwortung» wurde einmal glücklich formuliert²⁵; es fehlt die innere Rechtfertigung, um an die blossе Kausalität die Haftung anzuknüpfen. Da es bei der Frage der Zurechnung über das Verschulden hinaus um eine grundsätzliche Einschätzung unseres Persönlichkeits- und Selbstverantwortungsgefühls geht, darf die Schadenszuteilung auch nicht rein äusserlich erfolgen, wie es bei der nackten Kausal- und Erfolgshaftung der Fall wäre²⁶. Ebenso wenig vermag die *Billigkeit*, das heisst die angemessene Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse des konkreten Falles, die Zurechnungsfrage grundsätzlich zu lösen. Eine allgemeine Billigkeitsklausel würde zudem weitestgehende richterliche Ermessensfreiheit voraussetzen, was aber, auch bei allem Zutrauen in unsere Gerichte, nicht im Interesse der Rechtssicherheit liegen würde. Vielmehr würde das Recht unübersichtlich, und es bestünden die Gefahren der Willkür und Parteilichkeit oder doch der Uneinheitlichkeit einer vom Rechtsgefühl beherrschten Praxis²⁷. Esser glaubt²⁸, dass die Aufgabe, die sozialen Zufallsschäden gerecht zu verteilen, sich überhaupt nur bei Anerkennung einer «*distributiven Gerechtigkeit*» stelle und nur von da aus lösbar sei. Er folgt hierin der grundlegenden Unter-

²³ C. Chr. Burckhardt, ZSR 22 N. F., S. 504; Guhl, Untersuchungen, S. 3; Bienenfeld, S. 94 ff.

²⁴ C. Chr. Burckhardt, a. a. O.

²⁵ Rümelin, Die Gründe, S. 26; ders., Schadenersatz, S. 17.

²⁶ Esser, S. 92 f. Esser verweist darauf, dass z. B. die franz. Theorie diesen Weg beschreite, wo Teisseire die dem bisherigen Dogma: «Le risque est pour celui qui le subit» entgegengesetzte Lösung vorschlägt: «Le risque est pour celui qui l'a créé» (S. 118—120, 155). Freilich mildert Teisseire den Grundsatz dann durch wesentliche Einschränkungen aus Gründen der «utilité sociale» (S. 273 ff.).

²⁷ Vgl. W. Burckhardt, Einführung, S. 210 f.: «Die ideale Gerechtigkeit würde verlangen, dass alle (erheblichen) individuellen Unterschiede berücksichtigt würden; aber dann dürfte man überhaupt keine Regel mehr aufstellen, sondern müsste ohne Regel von Fall zu Fall entscheiden. Das wäre gerecht, aber für den Beteiligten unsicher. Je mehr Umstände bei der Entscheidung berücksichtigt werden, desto unübersichtlicher ist das Recht und desto schwieriger ist es, die Entscheidung vorzusehen. Die Rechtssicherheit verlangt wenig und leicht feststellbare Kriterien...» Vgl. auch Oftinger, S. 371 f.; Böckli, S. 32—37; Blumer, S. 59.

²⁸ Esser, S. 69 ff.; Liver, NZZ Nr. 1151. Vgl. über die Relativität der distributiven Gerechtigkeit; Nef, Gleichheit und Gerechtigkeit (Zürich 1941), II. Teil.

scheidung von *Aristoteles* zwischen kommutativer und distributiver Gerechtigkeit. Die Zuteilung des Unglücksschadens, wie auch die der Güter, sei nicht Aufgabe der *kommutativen*, das heisst vergeltenden oder wechselseitigen, sondern der *distributiven*, das heisst verteilenden und zuteilenden Gerechtigkeit. Verteilungsmaßstab wird damit die Lösung: «Jedem das Seine, nicht jedem das Gleiche.» Das heisst mit anderen Worten, man müsse mit dem Ungleichen ungleich, aber nach gleichem Mass verfahren, indem man nach Verdienst, Würde und Vermögen gleichmässig Ungleiches zuteilt.

Dieser Grundsatz der distributiven Gerechtigkeit ist nicht anzufechten. Die distributive Gerechtigkeit ist die regulative Idee, nach der sich die Beurteilung jedes Falles — in der Rechtssetzung wie in der Rechtsanwendung — zu richten hat. Sie gestattet wohl die Berücksichtigung der besonderen Umstände jedes Falles. Sie verlangt nur die gerechte Regelung und das gerechte Urteil, wobei der Begriff Gerechtigkeit eben im Sinne des distributiven Prinzips näher bestimmt ist. Aber ein Haftungsprinzip ist mit ihr nicht gegeben, sondern nur *ein* Postulat, welchem das oder die Haftungsprinzipien zu entsprechen haben.

Aber auch der Grundsatz der «sozialen Planung», den *Esser* auf dem Prinzip der distributiven Gerechtigkeit begründet, vermag das Problem gerechter Schadenszurechnung nicht zu lösen. Wenn *Esser* glaubt, die Rücksicht auf die beiderseitige soziale Lage bedeute die *integrale* Haftungsgrundlage²⁹, so macht er damit die Zurechnung des Unglücks- oder Zufallsschadens allzu sehr von den jeweiligen sozialen und wirtschaftlichen Verhältnissen der Beteiligten abhängig, womit er bewusst an sozialistische Tendenzen anknüpft. In einer kritischen Würdigung der Schrift *Essers* äussert sich *Liver* wie folgt³⁰: «Die soziale Funktion des Haftpflichtrechts darf gewiss nicht unterschätzt werden. Wenn aber das ganze Problem der Haftung ohne Verschulden zu einer Angelegenheit der sozialen Planung gemacht wird, so besteht die Gefahr, dass der einzelne Fall nach seiner ethischen Seite hin nicht mehr in seiner Besonderheit gewürdigt wird und infolgedessen die distributive Gerechtigkeit in der Rechtsanwendung gerade nicht mehr zur Geltung kommt.» Denke man nur daran, dass zum Beispiel der Eigentümer des schadenstiftenden Werks bei dessen Herstellung und Unterhalt mehr oder weniger grosse, oder gar keine Sorgfalt walten lassen, die dem mangelhaften Werk innewohnende Gefahr je nach Lage, Grösse, Bauart, Alter und Zweckbestimmung verschieden ist oder dass der geschädigte Passant vielleicht absolut schuldlos ist, oder aber seinen Schaden durch Unvorsichtigkeit, Leichtsinn usw. mitverursacht hat. Diese Gefahr der Nichtberücksichtigung der konkreten Umstände

²⁹ *Esser*, S. 106; vgl. die Kritik von *Liver*, NZZ Nr. 1151 und 1154.

³⁰ *Liver*, NZZ Nr. 1154.

dürfte sogar in besonderem Masse bestehen, wenn «die planende Durchführung sozialer Schadenverteilung», wie Esser erklärt ³¹, «ihren letzten Hintergrund keineswegs in einer reinen Menschlichkeitsfrage, in sozialem Mitleid oder dergleichen hat, sondern auf der Einsicht in die nationale und wirtschaftliche Wichtigkeit der Erhaltung jeder Arbeits- (und normalerweise auch Kauf-)kraft und in die Notwendigkeit der Ausschaltung der Unfallsschäden als entmutigende Störungen der Arbeitsfreude und als Feind jeder Wirtschaftlichkeit beruht.» Die blosse Zweckmässigkeit darf niemals zum Zurechnungsschlüssel werden, soll nicht die Gerechtigkeitsidee verletzt werden ³².

Wir sehen also, dass die Lösung dieser schwierigen Frage, wie der Unglücks- oder Unfallsschaden gerecht zuzurechnen ist, *nicht* für alle Fälle *einheitlich* erfolgen kann. Nur eine Lösungsart, die versucht, den Besonderheiten der einzelnen Fälle gerecht zu werden, die, wie schon gesagt, sich mit der analytischen Darstellung der einzelnen Haftungstatbestände begnügt, vermag diese Aufgabe zu erfüllen. «Entwickelten Rechten sind je und je verschiedene Haftungsgründe eigen gewesen, und so bedarf es auch zur Bemeisterung jener wachsenden Komplizierung der Lebensverhältnisse nicht sowohl einer Vereinfachung als einer stets vielgestaltigeren Ausbildung der Haftungsgründe»³³. Diesen Weg hat denn auch die schweizerische Gesetzgebung beschritten. Trotzdem die Verursachung als Haftungsprinzip abgelehnt werden muss, schliesst dies keineswegs aus, dass im schweizerischen Recht einzelne Fälle als *Kausalhaftungen* konstruiert werden konnten, denn damit wurde die Kausalität nicht etwa zum Haftungsprinzip erhoben. Sie bleibt eine *Haftungsvoraussetzung*, die aber entscheidende Bedeutung gewinnt, weil vom Verschulden abgesehen wird, so dass sie als das charakteristische Element der Haftung ohne Verschulden erscheinen kann. Die wichtigeren Fälle dieses ausservertraglichen Schadenersatzrechts sind die Kausalhaftungen gemäss OR 55, 56, 58, ZGB 333, 679 und den Spezialgesetzen. Diese Haftungen bestehen *kraft gesetzlicher Vorschrift*. Nicht bei allen geht freilich ohne weiteres aus dem Gesetz hervor, dass es sich um Kausalhaftungen handelt, vielmehr sind einzelne erst durch Praxis und Doktrin dazu erklärt worden ³⁴. Die Motive, die den Gesetzgeber veranlasst haben, diese Haftungen über das Verschulden hinaus zu begründen, sind sehr verschieden; vor allem ist es die besondere Gefährlichkeit einer Einrichtung oder Tätigkeit, dann legen aber auch Billigkeits- und Zweckmässigkeits-erwägungen die verschärfte Haftung nahe. Aus Billigkeit kann der Richter auch gemäss OR 54, 1 vom Verschulden als Haftungsgrundlage

³¹ Esser, S. 83.

³² Vgl. vorne N 15 und 18.

³³ C. Chr. Burckhardt, ZSR 22, N. F., S. 504.

³⁴ Oftinger, S. 3.

absehen und nicht urteilsfähigen Personen die Haftung auferlegen. Auf ein gemeinsames Prinzip lassen sich die verschiedenen Gesetzesbestimmungen nicht zurückführen. Ein solches Prinzip wäre wünschenswert³⁵, wenn es ausreichen könnte. Würde den verschiedenen Tatbeständen wirklich ein einheitliches Prinzip zugrundeliegen, gewänne das Haftpflichtrecht zweifellos an Klarheit und Einfachheit. Wenn sich die verschiedenen Haftungen aber nicht auf ein Prinzip zurückführen lassen, so gibt es dieses einheitliche Prinzip eben nicht. In diesem Falle ist der Prinzipienmonismus nicht nur nicht wünschenswert, sondern unzulässig. *Homberger* ist der Ansicht³⁶, dass eine gemeinsame Grundlage für unser allgemeines Haftpflichtrecht nur in der *Unerlaubtheit* oder *Rechtswidrigkeit* gefunden werden könne. Diese ist jedoch bloss eine gemeinsame Haftungsvoraussetzung, nicht aber ein gemeinsames Haftungsprinzip, welches die Haftung zu rechtfertigen vermöchte³⁷.

Unsere schweizerische Rechtswissenschaft hat es gut verstanden, den modernen Zeitforderungen, denen der Verschuldensgrundsatz nicht mehr gewachsen war, durch diesen neuen Weg, durch Einführung dieser Kausalhaftungen Rechnung zu tragen. Wenn auch das Recht durch die jeweiligen Lebensverhältnisse bedingt wird, indem veränderte Lebensbedingungen auch eine weiterentwickelte rechtliche Ordnung verlangen, bedeutet dies aber keineswegs, dass es nicht für alle Zeiten und Völker feststehende, allgemeingültige, unbedingt gerechte Ordnungssätze gibt, die im Naturrecht begründet sind. Diese ethischen Grundsätze (wie zum Beispiel die Achtung vor Leben und Ehre, die Einehe, *neminem laedere*, *pacta sunt servanda*, das Eigentumsrecht) dauern unverändert fort, und die entsprechend den Zeitverhältnissen durchzuführenden Aenderungen an einer Rechtsordnung bestehen vor allem in der praktischen Ausgestaltung und Anpassung des positiven Rechts sowie in der schöpferischen Gestaltung neuen, ersehnten Rechts in Anwendung dieser allgemeingültigen Ordnungssätze. Wohl kann eine Rechtsordnung von diesen allgemeingültigen Grundsätzen abgehen und zum Beispiel in kollektivistischer Tendenz das Privateigentum aufheben, aber es bleibt die Frage, ob dies richtiges und gerechtes Recht sei und nicht vielmehr jene Grundsätze allgemeingültig sind. Nur in diesem Sinne kann der Verfasser sich mit *Walter Burckhardts* Gedanken einverstanden erklären, dass das richtige Recht nicht ein und dasselbe für alle Völker und alle Zeiten sei, dass vielmehr die eine Idee des Gerechten für verschiedene Völker und Zeiten *verschiedenes* Recht fordere³⁸.

³⁵ A. M. Oftinger, S. 22.

³⁶ Homberger, ZSR 49, N. F., S. 22a ff., 27a ff.

³⁷ Vgl. hinten, II., a. E.

³⁸ W. Burckhardt, Einführung, S. 228 ff., 230.

II. Die Haftung aus Verschulden

Der Grundsatz, dass nur das Verschulden eine Haftung begründet, liegt als *Grundprinzip* des Schadenersatzrechts nicht nur unserer schweizerischen Zivilgesetzgebung zugrunde, sondern auch den bürgerlichen Rechten unserer Nachbarstaaten. Die Rechtfertigung der Haftpflicht liegt darin, dass dem Haftpflichtigen ein Verhalten vorgeworfen werden kann, das in ethisch tadelnswerter Art und Weise von dem durch die Rechtsordnung erwarteten Durchschnittsverhalten abweicht³⁹. Der Haftungsgrund liegt im Verschulden. In der moralischen Ueberzeugungskraft und erzieherischen Funktion, welche die Verschuldenshaftung mit der Missbilligung eines bestimmten Verhaltens ausübt, liegt deren gewaltiger Vorteil gegenüber jeder anderen Haftungsart.

Das Verschuldensprinzip ist eines der ältesten und bewährtesten Haftungsprinzipien. Dennoch soll es aber niemals Rechtsordnungen gegeben haben, denen dieses ausschliesslich zugrundegelegt wäre⁴⁰. Ja, die Forschung hat sogar ergeben, dass der Verschuldensgrundsatz niemals der Tragpfeiler des germanischen Schadenrechts gewesen ist, und zwar selbst nicht zu Zeiten einfacherer Sozial- und Wirtschaftsverfassungen, da man mit ihm noch ausgekommen wäre⁴¹. Im Gegenteil hatte schon dieses wie auch das klassische römische Recht, letzteres trotz allem Individualismus, Erfolgshaftungen gekannt. Es wurde denn auch versucht, namentlich von *Gierke*, an diese Erscheinungen die modernen Haftungen ohne Verschulden anzuknüpfen.

Unser OR bestimmt in Art. 41, dass derjenige zum Schadenersatz verpflichtet werde, der einem anderen widerrechtlich und schuldhaft Schaden zufügt. In der Regel haftet nur derjenige, der einen andern *schuldhaft* schädigt. Von diesem Grundsatz unseres Schadenrechts bestehen aber die bereits erwähnten Ausnahmen zugunsten einer Haftung ohne Verschulden. Es sind dies die Fälle der Kausalhaftung, die das Verschuldensdogma durchbrechen (vgl. III.). Da sich unser Recht damit den bestehenden Zeitforderungen anzupassen vermochte, konnte sich im übrigen der Verschuldensgrundsatz in reinerer Form erhalten,

³⁹ Rümelin, Die Gründe, S. 5; Homberger, ZSR 49, N. F., S. 16a ff.; Oftinger, S. 104. Homberger erwähnt (S. 17a), dass damit «das Verschulden als Grundlage der Ersatzpflicht einzig auf einen poenalen Gesichtspunkt zurückgeführt» werde... «Und dieser poenale Gesichtspunkt tritt in der Tat am deutlichsten zutage, wo das Verhalten ein ethisch verwerfliches ist; denn hier rechtfertigt sich am ehesten die Ersatzpflicht als Ausgleich, als Nachteil, der den Handelnden treffen soll, als Strafe.»

Im römischen Recht betrachtete man denn auch die Verpflichtung zum Schadenersatz als Strafe. Vgl. dazu Jeker, S. 5; Ihering, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht.

⁴⁰ Rümelin, Schadenersatz, S. 8; C. Chr. Burckhardt, ZSR 22, N. F., S. 520.

⁴¹ Esser, S. 46 ff.

als dies in den Nachbarstaaten der Fall ist, wo an der Culpahaftung starr festgehalten wurde oder diese doch mit grösserer Ausschliesslichkeit herrscht⁴². Dort wurde die Rechtssprechung in viel stärkerem Masse auf Auswege gedrängt, um trotz der mangelhaften Schadenersatzordnung zu einem gerechten Ergebnis zu gelangen⁴³. Es mag hier nur an das berühmt gewordene Urteil des bayrischen Oberlandsgerichtes aus dem Jahre 1861 erinnert werden, wo mangels eines besonderen Eisenbahnhaftpflichtgesetzes die Haftung einer Eisenbahnunternehmung nur damit begründet werden konnte, dass der Betrieb einer Eisenbahn notwendig eine «kulpose» Handlung darstelle, dass also ein Verschulden fingiert wurde⁴⁴. Zu solchen wirklichkeitsfremden Konstruktionen musste man greifen, nachdem man zur Einsicht in die soziale Notwendigkeit einer vom Schuldgedanken freien Verantwortung gekommen war, sich aber an das Schulddogma gebunden sah⁴⁵. Oft schiebt man den Deliktgedanken in Wahrheit nur vor, um zu einer gerechten Schadenszurechnung auch da zu gelangen, wo sich niemandem ein Vorwurf machen lässt. Dieser Missbrauch des Deliktsrechts zu Lösungen sozialer Unglücksprobleme aber belastet den Haftpflichtigen mit ungerechten Schuldvorwürfen, während anderseits die Unrechtsbegriffe in ihren ethischen Grundlagen entwertet werden. Ausserdem birgt diese Praxis grosse Gefahren für die Rechtssicherheit, insbesondere wenn die Pflicht zu Sorgfaltsmassnahmen von Fall zu Fall gerade auf dasjenige Mass ausgedehnt wird, das erforderlich gewesen wäre, um das eingetretene Unglück zu verhüten.

Der Gegensatz zwischen Verschuldens- und Kausalhaftung wurde in der Praxis aber durch die weitgehende *Objektivierung* des Verschuldensbegriffes bedeutend abgeschwächt. Es genügt zur Bejahung der Haftung, wenn der Beklagte nicht die unter den gegebenen Verhältnissen, den konkreten Umständen objektiv erforderliche Sorgfalt angewendet hat⁴⁶. Ein gewisses Durchschnittsmass von Sorgfalt und moralischen, geistigen, physischen und beruflichen Qualitäten soll man voraussetzen dürfen; entspricht das Verhalten des Schädigers

⁴² Liver, NZZ Nr. 1151.

⁴³ Vgl. vorne, S. 13.

⁴⁴ Seufferts Archiv 14, S. 208; u. a. zitiert bei Guhl, S. 128; Esser, S. 33; Oftinger, S. 21 N 40 (mit weiteren Zitaten).

⁴⁵ Vgl. dazu Esser, S. 40 ff., 44.

⁴⁶ C. Chr. Burckhardt, ZSR 22, N. F., S. 520 f.; Liver, NZZ Nr. 1151; Oftinger, S. 25, 105 ff., 109 und zahlreiche Literaturhinweise; Savatier, S. 102.

Petitpierre, ZSR 49 N. F., S. 66a, begründet die Haftung aus objektiviertem Verschulden trefflich mit den Worten: «Pour apprécier si une personne a commis une faute, il faudrait tenir compte de ses qualités intellectuelles et morales, de son caractère, de son degré de culture et d'éducation, de son hérédité, bref de tout ce qui gouverne invisiblement les actes d'un individu. Cette recherche est difficile sinon impossible, et l'on apprécie l'existence d'une faute d'après des règles objectives, en comparant l'attitude de l'agent à celle qu'aurait eue dans la même conjoncture un homme normal et raisonnable.»

diesem Durchschnittsmass nicht, so bedeutet das ein Verschulden. Der Schädiger kann sich hierbei nicht mit dem Nachweis entlasten, dass er alles getan habe, was ihm persönlich überhaupt möglich gewesen sei, und dass ihm kein Willensfehler zur Last falle. Der objektivierte Verschuldensbegriff ist unabhängig vom mangelhaften Willen. Durch diese Objektivierung nähert sich oft die Culpahaftung der Kausalhaftung derart, dass nur noch die Zurechnungsfähigkeit diese von jener unterscheidet; während bei der Verschuldenshaftung die Zurechnungsfähigkeit des Haftbaren erforderlich ist, kann der Unglücks- oder Zufallsschaden auch einem Unzurechnungsfähigen zugeteilt werden.

Homberger vertritt die Ansicht, dass dieses objektivierte Verschulden indes nicht selbst die Haftbarkeit zu begründen vermöge, dass es keine selbständige Bedeutung für die Rechtfertigung der Haftung habe. Hier werde schuldhaft handeln gleichbedeutend mit normwidrig handeln, und das Verschulden nähere sich in diesem Sinne stark der Norm- oder Rechtswidrigkeit. «Es scheint mir nicht zweifelhaft», bemerkt *Homberger* ⁴⁷, «dass eine Rechtsordnung in dem Masse, als sie den Haftpflichtanspruch auf ein «objektives Verschulden» stützt, die Rechtfertigung für diesen in der Widerrechtlichkeit suchen muss.» Demgegenüber ist jedoch festzustellen, dass für denjenigen, der die subjektiven Eigenschaften des Normaltypus («bonus pater familias») aufweist, auch dieses Verschulden noch ein subjektives ist. Die Haftung ist nur gegeben, wenn das schadenstiftende Verhalten unter dieser Voraussetzung wirklich schuldhaft ist. Zur Widerrechtlichkeit muss also ein persönliches Ungenügen hinzukommen. Dieses rechtfertigt die Haftung.

Aber auch bei den Kausalhaftungen liegt die Rechtfertigung der Haftung nicht in der Widerrechtlichkeit. Diese ist bloss eine Haftungs-voraussetzung und liegt als solche auch der Verschuldenshaftung zugrunde, stellt dieser gegenüber also kein unterscheidendes Merkmal dar. Die Frage, warum zum Beispiel Werk- und Grundeigentümer ohne Verschulden haften, kann daher gerade mit der Widerrechtlichkeit nicht beantwortet werden. «Nur wenn man den Begriff des Verschuldens auf Grund seiner Objektivierung durch die Praxis überhaupt fallen liesse, was jedoch entschieden zu weit ginge . . ., so wäre dieser Einwand hinfällig ⁴⁸.» Es trifft freilich zu, dass bei den Kausalhaftungen die Rechtswidrigkeit zur Herbeiführung der Haftpflicht für den durch sie verursachten Schaden genügt. Sie liegt in der Erfüllung des gesetzlichen Haftungstatbestandes. Die Frage nach dem Haftungsprinzip ist aber diejenige nach dem *Grunde* für die Aufstel-

⁴⁷ *Homberger*, ZSR 49 N. F., S. 22a, 27a ff.

⁴⁸ *Liver*, NZZ Nr. 1156. Vgl. auch *Oftinger*, S. 22.

lung eines bestimmten Haftungstatbestandes, also die Frage, welches der Grund der Qualifizierung eines bestimmten Verhaltens oder Zustandes als haftungsbegründende Widerrechtlichkeit ist. Wenn man hierauf antwortet, dieser Grund liege in der Widerrechtlichkeit, so ist das ein *circulus vitiosus*, jedenfalls aber keine Antwort auf die Frage nach dem Haftungsprinzip.

III. Die Haftung ohne Verschulden ⁴⁹

In einigen bestimmt umschriebenen Fällen macht unser Schadenersatzrecht den Schädiger auch dann verantwortlich, wenn ihn kein Verschulden trifft. Es sind dies die den Verschuldensgrundsatz durchbrechenden *Kausalhaftungen*, die durch die Komplizierung des Lebens und die mannigfachen neuen Gefahren, welche die moderne technische und wirtschaftliche Entwicklung zur Folge hat, notwendig wurden ⁵⁰. Den Inbegriff der Normen, die im Gebiete des ausservertraglichen Schadenersatzrechts die Kausalhaftpflicht ordnen, fasst man unter den Begriff des *Haftpflichtrechts* zusammen ⁵¹.

Im Gegensatz zur Verschuldenshaftung, bei der stets ein bestimmtes Verhalten des Haftpflichtigen dessen Haftung begründet, knüpft die Kausalhaftung meist nicht unmittelbar an ein menschliches Verhalten an, sondern an einen speziellen objektiven Tatbestand, der als solcher haftungsbegründend wirkt. Die Ueberwälzung des Schadens vom ursprünglich Betroffenen auf eine andere Person beruht auf *gesetzlicher Vorschrift*. Ja, es ist nicht einmal erforderlich, dass der Haftpflichtige zurechnungsfähig ist. Daher trifft hier die Haftung den Haftbaren ethisch wie ein Zufall, nämlich ohne genügenden Grund ⁵². Die *Rechtfertigung* für diese an die blossе Kausalität anknüpfende Haftung liegt, wie bereits angedeutet wurde, insbesondere in dem Umstande, dass gewisse Vorrichtungen oder Tätigkeiten eine besondere Gefahr für die Umwelt bedeuten. Zu diesen sogenannten *Gefährdungshaftungen* gehören vor allem die in den Spezialgesetzen begründeten verschärften Haftungen, diejenigen gemäss Eisenbahnhaftpflichtgesetz, Elektrizitätsgesetz, Luftverkehrsordnung und Motorfahrzeuggesetz. Da höhere wirtschaftliche Interessen diese Vorrichtungen oder Tätigkeiten erfordern, gestattet das Gesetz die damit notwendig verbundene Gefährdung, belastet deren Inhaber dafür aber mit einer

⁴⁹ Vgl. darüber, dass diese Gegenüberstellung von Verschuldens- und Kausalhaftungen zwar allgemein gebräuchlich, aber nicht glücklich ist, Cuhl, Untersuchungen, S. 5 N 10. Auch bei der Culpahaftung wird schliesslich Kausalzusammenhang vorausgesetzt.

⁵⁰ Vgl. vorne, S. 13.

⁵¹ Oftinger, S. 2 ff. Es ist dies das Haftpflichtrecht i. e. S.

⁵² W. Burckhardt, Einführung, S. 59.

erschweren Haftpflicht, der Kausalhaftpflicht⁵³. Aber auch bei den übrigen Kausalhaftungen (OR 55, 56, 58, ZGB 333, 679 usw.) liegt die Rechtfertigung vorwiegend in einer besonderen Gefährdung⁵⁴. Neben Billigkeits- und Zweckmässigkeitserwägungen spielen sodann verschiedene andere Momente, wie historische und sozialpolitische, bei einzelnen Haftungen ebenfalls mit. So soll derjenige, der in Verfolgung eigener Interessen einen gewissen Aktionsradius überschreitet, für den Schaden haften, den er dadurch andern verursacht⁵⁵. Dieses Moment kommt insbesondere auch bei ZGB 679 zum Ausdruck, wonach der Grundeigentümer dem Nachbarn für jeden Schaden haftet, der diesem aus einer Ueberschreitung des Eigentumsrechts resultiert. Andererseits soll derjenige, der aus einer Sache oder Tätigkeit einen Nutzen zieht, die Gefahren übernehmen, die dadurch geschaffen werden, und den Schaden wieder gutmachen, der daraus entstehen kann⁵⁶. Dieses Motiv fällt unter anderem auch bei ZGB 679 sowie bei OR 58 in Betracht, wonach der Werkeigentümer für Schaden haftet, der aus einem Mangel des Werks entstanden ist⁵⁷.

Die Verursachung ist kein *allgemeiner* Haftungsgrund, vielmehr sind nur *einige besondere Tatbestände* vom Gesetz als Kausalhaftungen begründet oder durch Doktrin und Praxis nachträglich zu solchen erklärt worden⁵⁸. In Zukunft muss indessen wohl mit einer weiteren Ausdehnung dieses Haftungsprinzips auf neue Schadensursachen gerechnet werden. Dabei muss man sich allerdings vor dem Irrtum hüten, es müsse für *jeden* Schaden ein Haftpflichtiger gefunden werden⁵⁹. Die grundsätzliche Lösung: «Jemand muss dafür aufkommen» dürfte

⁵³ Homberger, ZSR 49 N. F., S. 30a ff.; Oftinger, S. 14 ff.

⁵⁴ A. M. Oftinger, S. 21 ff., der infolgedessen zwischen Gefährdungshaftungen (S. 14 ff.) und sog. gewöhnlichen Kausalhaftungen (S. 17 ff.) unterscheidet. Vgl. dazu § 4.

⁵⁵ Guhl, S. 129; vgl. über das Interesseprinzip insbesondere R. Merkel, Die Kollision rechtmässiger Interessen und die Schadenersatzpflicht bei rechtmässigen Handlungen, 1895.

⁵⁶ Petitpierre, ZSR 49 N. F., S. 67a. Vgl. darüber namentlich Unger, Handeln auf eigene Gefahr. Dieser prägte die Formel: «Wessen Nutzen, dessen Gefahr.»

⁵⁷ Vgl. § 4.

⁵⁸ Vgl. vorne, S. 18.

⁵⁹ C. Chr. Burckhardt, ZSR 22 N. F., S. 503; Oftinger, S. 26; Nipperdey, Warum doch Gefährdungshaftung?, der eine Neuordnung des deutschen Schadenersatzrechts für notwendig hält, sagt (S. 1), man dürfe aber im übrigen den vernünftigen Satz: «casum sentit dominus» nicht schrankenlos aufgeben; Savatier, S. 90.

Esser, S. 37 ff., 82, kennzeichnet dieses Problem mit den Worten: «... mit zunehmender Organisation aber auch mit zunehmender Erwartung des in einen grossen sozialen Plan eingespannten Bürgers schwindet das Empfinden für die Notwendigkeit der Eigentragung eines Unglücks als persönliches Schicksal immer mehr dahin. Diese Entwicklung vollzieht sich teilweise in einem so beängstigenden Tempo, dass man sich fragen muss, ob auch die beste Organisation der Gemeinschaft diesen immer höher geschraubten Erwartungen ständig wird genügen können.»

ebenso einseitig sein wie diejenige der Anhänger des Verschuldensdogmas, dass nur die Schuld zum Schadenersatz verpflichte. Bei der heutigen Ordnung kann man sich freilich fragen, ob dieselben Gründe, die bei einzelnen Tatbeständen zur Einführung der Haftung ohne Verschulden geführt haben, nicht auch für andere Verhältnisse Geltung beanspruchen könnten⁶⁰. In Bejahung dieser Frage hat C. Chr. Burckhardt bei der Revision des OR im Jahre 1903 folgenden Vorschlag gemacht⁶¹:

«Für Schaden, verursacht durch Werke, Betriebe, Herrschaftsverhältnisse, Vorkehrungen und Verhalten, die erkennbar mit aussergewöhnlicher Gefährdung verbunden sind, kann ausnahmsweise nach billigem richterlichem Ermessen, auf Grund der vorhergehenden Artikel auch dann ganze oder teilweise Ersatzpflicht auferlegt werden, wenn der Beschädigte kein Verschulden des Haftbaren und keinen Mangel seiner Sache dartut oder der Haftbare den ihm obliegenden Entlastungsbeweis erbringt.»

Dieser Vorschlag drang aber nicht durch, so dass nach positivem Recht das Verursachungsprinzip nur für die wenigen bestimmt umschriebenen Fälle gilt.

Eine Frage der Terminologie ist es, ob die Kausalhaftungen noch als *unerlaubte Handlungen* anzusehen sind. Nach herrschender Meinung wird dies verneint. Unter der Haftung aus unerlaubter Handlung ist vielmehr nur die Haftung aus Verschulden zu verstehen. «Korrekt ist sicher ein Sprachgebrauch», bemerkt Oftinger⁶², «der die Ausdrücke der unerlaubten Handlung... auf die Verschuldenshaftung beschränkt.» Dem Umstande, dass OR 55, 56 und 58 unter dem Abschnitt: «Die Entstehung (der Obligationen) durch unerlaubte Handlungen» stehen, liegt eine ungenaue Redaktion zugrunde⁶³. Es handelt sich hier nicht um Haftungen aus unerlaubter Handlung, sondern aus Gesetzesvorschrift. Gerade bei den Kausalhaftungen beruhen zahlreiche nach herrschender Ansicht widerrechtliche Schadensfälle nicht auf unerlaubten, sondern erlaubten Handlungen. So ist zum Beispiel die Eigentumsausübung an einem zwar gefährlichen Werk keineswegs eine unerlaubte Handlung. Der Begriff der «Unerlaubtheit» deckt sich eben nicht mit demjenigen der «Widerrechtlichkeit»⁶⁴. Auch im Sinne des Gesetzes, der Vorschriften von OR 51, 2 und VVG 72, ist unter unerlaubter Handlung nur eine schuldhaft widerrechtliche Handlung nach OR 41 zu verstehen. Die andern Haftungstatbestände des OR,

⁶⁰ Liver, NZZ Nr. 1151.

⁶¹ C. Chr. Burckhardt, ZSR 22 N. F., S. 578, 569 f.; vgl. auch Liver, a. a. O.; Oftinger, S. 25 f.

⁶² Oftinger, S. 11, vgl. auch S. 100; Guhl, S. 757; BGE 62 II 181.

⁶³ Vgl. Oser-Schönenberger, Vorbemerkungen zu OR 41—61 N 1.

⁶⁴ Oftinger, S. 100 f.

die Haftungen ohne Verschulden (OR 55, 56, 58) fallen nicht darunter⁶⁵. Diese können, da sie dieselben Rechtsfolgen zeitigen wie die unerlaubten Handlungen, als Quasidelikte bezeichnet werden.

Hinzuweisen ist schliesslich auf die grosse Bedeutung, die dem *Versicherungswesen* im Gebiete des Haftpflichtrechts zukommt. Die Versicherung drängt sich auf, wo mit der Haftung ohne Verschulden gerechnet werden muss, insbesondere, wenn diese bei all ihren Vorteilen doch auch zu gewissen Härten führen kann⁶⁶. Man sucht die Unglücks- oder Zufallsschäden dadurch zu mildern, dass man sie auf möglichst viele Träger überwälzt. Auf vielen Gebieten zeigt sich heute das Bestreben, eine genossenschaftliche Schadenstragung der individualistischen vorzuziehen, man denke nur an die obligatorischen kantonalen Feuer- und Seuchenschädenversicherungen und an die schweizerische Unfallversicherung. Die Versicherungen haben sich heute derart entwickelt und verbreitet, dass das Haftpflichtrecht in seinen Auswirkungen nicht mehr ohne Hinweis auf sie gewürdigt werden kann. «Dass mit dieser Entwicklung, um so mehr mit derjenigen der Zwangsversicherung, der Boden des Privatrechts verlassen wird, ist augenscheinlich und stimmt überein mit der sozialisierenden Tendenz unserer Zeit⁶⁷.»

Wie bereits gesagt, sind die Kausalhaftungen teilweise im ZGB und OR, teilweise dagegen in Spezialgesetzen enthalten. Gerade dem Umstande, dass die Lehren der Kausalhaftung in unserer Privatrechtskodifikation eine eminente Bedeutung erlangt haben, ist es zu verdanken, dass es zwischen bürgerlichem Recht und den die Kausalhaftung enthaltenden Spezialgesetzen nicht zu jener Kluft kam, wie sie etwa in denjenigen Ländern entstanden ist, die allzu starr am Verschuldensprinzip festhielten⁶⁸. «Aber auch bei uns», kritisiert *Liver* die schweizerische Entwicklung der Haftungen ohne Verschulden⁶⁹, «ist

⁶⁵ Schärer, S. 57, 236; Oftinger, S. 256 N 58, 284 und Zitate; Brühlmann, S. 147 ff.; BGE 45 II 646; 49 II 93.

⁶⁶ Vgl. bloss den besonders gelagerten Fall Bühler gegen Herrmann, BGE 35 II 238 ff.

⁶⁷ Oftinger, S. 24 und dortige Zitate, 20; vgl. auch Savatier, S. 132 ff.

⁶⁸ *Liver*, NZZ Nr. 1151.

⁶⁹ Vgl. dazu Oftinger, S. 4 ff.: «Ein scheinbar selbstverständliches Postulat der Gesetzgebung und Rechtsanwendung, wie schon der Logik, lautet, dass für gleiche Fragen auch gleiche *Lösungen* getroffen werden sollen. Das Haftpflichtrecht erfüllt dieses Postulat nicht in allen Teilen.»

Vgl. auch Esser, S. 3, 64, 131 f. sowie insbesondere das Zitat von Otto v. Gierke, welches Esser seiner Arbeit als Motto voranstellt: «Es ist ein verhängnisvoller Irrtum — ein Irrtum, den der Entwurf des deutschen Zivilgesetzbuches begangen hat —, wenn man meint, man dürfe das soziale Werk den Spezialgesetzen überlassen, um unbelästigt durch die so abgewälzte Aufgabe das gemeine Privatrecht rein individualistisch auszugestalten. Man erhält nun zwei von ganz verschiedenem Geiste beherrschte Systeme: ein System des gemeinen Zivilrechts, in welchem das «reine» Privatrecht beschlossen liegt, und eine Fülle von Sonderrechten, in denen

die Spezialgesetzgebung auf dem Gebiete der Haftpflicht (EHG, EIG, LVO, MFG) vielfach unter Missachtung des Postulates einer einheitlichen Ordnung rechtlich gleich liegender Verhältnisse im einzelnen ihre eigenen Wege neben dem Obligationenrecht gegangen.» Daher wäre es auch bei uns wünschenswert, wenn die, allen Kausalhaftungen gemeinsamen Elemente einheitlich in der Zivilrechtsgesetzgebung geordnet würden, ist doch das gemeine Privatrecht «der mütterliche Boden, aus dem auch die Sonderrechte hervorsprossen»⁷⁰.

§ 2. Die Werkhaftung nach OR 58 und die Grundeigentümerhaftung nach ZGB 679 als Kausalhaftungen

I. Das Wesen der Werk- und Grundeigentümerhaftung

Unser gemeines Recht enthält zwei Bestimmungen, die eine Haftung für Schädigungen durch unbelebte Sachen statuieren, die Haftung des Werkeigentümers nach OR 58 und die Verantwortlichkeit des Grundeigentümers nach ZGB 679⁷¹. Beide machen unter besonderen Voraussetzungen den Eigentümer einer Sache für einen Schaden verantwortlich, der durch diese entsteht. Nach OR 58, 1 hat der Eigentümer eines Gebäudes oder eines anderen *Werkes* den Schaden zu ersetzen, den diese infolge von *fehlerhafter* Anlage oder Herstellung oder von *mangelhafter* Unterhaltung verursachen. Ein Gebäude oder ein anderes Werk (vgl. § 5 III.), also eine künstliche Sache, ein Produkt menschlicher Tätigkeit bewirkt hier den Schaden. Aber der Mensch ist als Schöpfer der Sache indirekt der Schadenstifter⁷². Demgegenüber wird der Grundeigentümer unter bestimmten Voraussetzungen schlechthin für Schäden haftbar, die von seinem Grundstück (vgl. § 5, II.) herrühren. Die Vorschrift von ZGB 679 gibt demjenigen, der dadurch geschädigt oder mit Schaden bedroht wird, dass ein Grundeigentümer sein *Eigentumsrecht überschreitet*, eine Klage auf Beseitigung der Schädigung oder auf Schutz gegen drohenden Schaden und auf Schadenersatz. Nicht für jeden Schaden folglich, den das Werk oder das Grundstück verursachen, haften deren Eigentümer; vielmehr finden die betreffenden Haftungsbestimmungen nur Anwen-

ein vom öffentlichen Recht her getrübt und mit öffentlichem Recht vermischtes Privatrecht waltet. Hier lebendiges, volkstümliches, sozial gefärbtes Recht voll innerer Bewegung — dort eine abstrakte Schablone, romanistisch, individualistisch, verknöchert in toter Dogmatik . . » (Gierke, S. 15—17).

⁷⁰ Gierke, a. a. O.

⁷¹ Dem Unterschiede, den das Gesetz macht, indem es im Marginale von OR 58 von der *Haftung* des Werkeigentümers spricht, in demjenigen von ZGB 679 dagegen von der *Verantwortlichkeit* des Grundeigentümers, kommt materiell keine Bedeutung zu.

⁷² Blumer, S. 4.

dung, wenn der Tatbestand in allen seinen besonderen Merkmalen erfüllt ist. So muss bei OR 58 der Schaden infolge fehlerhafter Errichtung oder mangelhafter Unterhaltung des Werks entstanden sein (vgl. § 7 I.), während bei ZGB 679 der Schaden aus einer Ueberschreitung der dem Grundeigentum von der Rechtsordnung gezogenen Grenzen herrühren muss, die namentlich in den nachbarrechtlichen Bestimmungen (ZGB 684 ff.) bestehen (vgl. § 7, II.). Das Werk muss durch seinen mangelhaften Zustand Schaden gestiftet haben, das Grundstück dagegen durch die Art seiner Benutzung.

Unabhängig aber davon, ob der Werkmangel oder die Ueberschreitung des Eigentumsrechts verschuldet, der Schaden vom Eigentümer vorhergesehen war oder nicht, werden Werk- und Grundeigentümer verantwortlich. Keine der beiden Haftungen setzt ein Verschulden des Eigentümers voraus. Die Haftung des Werkeigentümers galt schon nach aOR 67 als *Kausalhaftung*, diejenige des Grundeigentümers nach ZGB 679 wird in der Gerichtspraxis von jeher als solche angesehen⁷³. Der Geschädigte hat demnach dem Schädiger zur Begründung der Haftpflicht kein Verschulden nachzuweisen. Dagegen hat er insbesondere den *Kausalzusammenhang* zwischen dem Schaden und den Tatsachen darzutun, deren Folge dieser nach dem gesetzlichen Tatbestand sein muss (vgl. § 6, II.), also dem mangelhaften Zustand des Werkes oder der Ueberschreitung der rechtlichen Grenzen des Grundeigentums, woran das Gesetz die Haftung anknüpft⁷⁴.

Der Werkmangel und die Ueberschreitung des Eigentumsrechts beruhen freilich auf einer *Pflichtverletzung*, welche an sich tatsächlich oft ein Verschulden darstellen würde. Kausal- und Verschuldenshaftung überschneiden sich hier⁷⁵. Aber das Verschulden ist bei der Kausalhaftung eben nicht Voraussetzung der Haftung, weshalb Werk- und Grundeigentümer auch dann haften, wenn ihr Verhalten, das den Werkmangel, bzw. die Eigentumsüberschreitung zur Folge hatte, in derart geringem Masse oder überhaupt nicht tadelnswert ist, so dass es nicht als Verschulden qualifiziert werden darf. Der Werkeigentümer

⁷³ Vgl. zu OR 58: Oftinger, S. 19, 389; Homberger, ZSR 49 N. F., S. 12a; Guhl, S. 142; v. Tuhr-Sieewart, S. 389; Schärer, S. 77; Rothenhäusler, S. 6; Jeker, S. 24; Blumer, S. 47 sowie die Kommentare zu OR 58; ferner BGE 22, S. 1156; 25 II 112; 35 II 243; 60 II 221; SJZ I, S. 67; 16 S. 24 u. a. m.

Zu ZGB 679: Oftinger, S. 19, 398; Homberger, ZSR 49 N. F., S. 15a f.; Petitpierre, ZSR 49 N. F., S. 78a; Tuor, S. 483; v. Tuhr-Sieewart, S. 392; Schärer, S. 125; Bachmann, S. 133; Blumer, S. 195; Wegmann, S. 14 sowie die Kommentare zu ZGB 679; ferner BGE 41 II 226; 44 II 36; 47 II 412; 61 II 329; 70 II 95; ZBJV 75, S. 147 u. a. m.

⁷⁴ Oftinger, S. 9 f. Damit erklärt sich auch der Ausdruck *Kausalhaftung*, «an dessen Stelle sich auch die Ausdrücke *Verursachungs-, Veranlassungs-, Billigkeits-, Zufalls-, Erfolgs- und Gefährdungshaftung, objektive Haftung, Haftung ex lege oder quasi ex delicto* finden.»

⁷⁵ Oftinger, S. 19 f., 107, 386, 422.

haftet daher, auch wenn er den Werkmangel nicht kannte oder trotzdem er den Beweis zu erbringen vermag, dass ihn kein Verschulden an der Mangelhaftigkeit des Werks trifft, da er zum Beispiel das Werk soeben erst erworben hat ⁷⁶; der Grundeigentümer haftet, selbst wenn er sich zu seiner Handlung für berechtigt hielt. Letzterer Fall liegt etwa vor, wenn ein Grundeigentümer auf seinem Gut einen Betrieb einrichten lässt, nachdem er sich durch Sachverständige versichert hat, dass dieser die Nachbarn nicht schädigen werde. Treten trotzdem Schäden ein, so haftet der Grundeigentümer, obwohl ihm sein Verhalten nicht zum Vorwurf gemacht werden kann ⁷⁷. Wenn schon bei den Kausalhaftungen die Haftpflicht nicht an das Verschulden anknüpft, so hat dieses doch auch hier seine Bedeutung. Die Haftung des Kausalhaftpflichtigen ist meist eine schärfere, falls diesen noch ein *zusätzliches Verschulden* trifft. Ein solches ist vor allem für die Schadenersatzbemessung bedeutsam ⁷⁸.

Die Kausalhaftung erfordert aber auch nicht das Vorhandensein der *Zurechnungsfähigkeit*, die der Begriff des Verschuldens in sich schliesst ⁷⁹. Infolgedessen besteht die Haftpflicht des Werk- und Grundeigentümers selbst dann, wenn der Werkmangel, bzw. die Ueberschreitung des Eigentumsrechts auf ihren Zustand der Unzurechnungsfähigkeit oder verminderten Zurechnungsfähigkeit zurückzuführen ist. Steht unmittelbar ein *menschliches Verhalten* als Schadensursache in Frage, so genügt das Vorhandensein des vom Gesetze umschriebenen objektiven Tatbestandes, um die Haftung zu begründen. Eine subjektive Beziehung zwischen dem Haftpflichtigen und dem Mangel des Werks oder der Ueberschreitung des Eigentumsrechts ist nicht erforderlich. Es braucht sogar nicht einmal ein Verhalten des Haftpflichtigen selber für den Schaden kausal zu sein, vielmehr genügt es, da OR 58 und ZGB 679 eine Haftung auch für *fremdes Verhalten* begründen, dass das Verhalten einer allfälligen Hilfskraft für den Schadenseintritt kausal ist ⁸⁰. Da die Kausalhaftung aber meist an einen von menschlichem Verhalten nur mittelbar abhängigen Tatbestand anknüpft, ist es überhaupt nicht erforderlich, dass ein solches unmittelbar als Schadensursache vorliegt ⁸¹. Daher haften Werk- und Grund-

⁷⁶ C. Chr. Burckhardt, ZSR 22 N. F., S. 561; Schärer, S. 77; BGE 35 II 238 ff. Eine Ausnahme besteht bloss, wenn dem Eigentümer keine Verfügungsgewalt über sein Werk zusteht, vgl. § 9 II.

⁷⁷ Beispiel der bundesrätlichen Botschaft zum OR vom 3. März 1905, S. 16; u. a. erwähnt bei Petitpierre, ZSR 49 N. F., S. 78a; Tuor, S. 484; Rothenhäusler, S. 89.

⁷⁸ Vgl. besonders Oftinger, S. 103 f.; vgl. über die Bedeutung des Verschuldens bei der Kausalhaftung auch JdT 88, S. 162.

⁷⁹ Oftinger, S. 11; vorne, S. 23.

⁸⁰ Oftinger, S. 10, 384.

⁸¹ Vgl. vorne, S. 12; Blumer, S. 56 f., 126 f., 169, 195, 201 f.

eigentümer, auch wenn die Mangelhaftigkeit des Werks, bzw. die Ueberschreitung des Eigentumsrechts auf einen Zufall zurückgeht. So ist insbesondere die Werkhaftung nicht eine Haftung für ein menschliches Verhalten, sondern für eine mangelhafte Sache. Der Werkeigentümer wird allein gestützt auf die Tatsache seines Eigentums und der Fehlerhaftigkeit des Werks verantwortlich, welche ihrerseits die Ursache des Schadens sein muss. Ebenso verhält es sich bei der Haftung nach ZGB 679. Aus dem Wortlaut des Gesetzes («dass ein Grundeigentümer sein Eigentumsrecht überschreitet») würde zwar in grammatikalischer Interpretation folgern, dass als Schadensursache unmittelbar ein Verhalten des Grundeigentümers vorliegen müsse, das aktiv oder passiv das Eigentumsrecht überschreitet. Doch auch hier genügt die blossе Tatsache, dass die rechtlichen Eigentumsgrenzen überschritten wurden. Dass diese Ueberschreitung auf ein menschliches Verhalten, ein Handeln oder Unterlassen des Grundeigentümers zurückzuführen ist, wird vorausgesetzt und braucht nicht nachgewiesen zu werden. Bloss dann können der belangte Werk- und Grundeigentümer ihre Haftbarkeit vermeiden, wenn sie nachweisen, dass *fremde Ursachen*, für die sie nicht einzustehen haben, den Kausalzusammenhang unterbrochen haben, somit die Kausalität zwischen Werkmangel, bzw. Eigentumsüberschreitung und eingetretenem Schaden *nicht adäquat* erscheint. In diesen Fällen ist nicht der Mangel des Werks und nicht die Ueberschreitung des Eigentumsrechts die Ursache des Schadens ⁸².

II. Abgrenzung von andern Kausalhaftungen

Zu den Kausalhaftungen des gemeinen Privatrechts sind ausser den Haftungen aus OR 58 und ZGB 679 vor allem auch diejenigen des Geschäftsherrn (OR 55), des Tierhalters (OR 56) und des Familienhauptes (ZGB 333) zu rechnen. Sie alle unterscheiden sich rechtspolitisch kaum von den *Gefährdungshaftungen* nach den Spezialgesetzen. Auch ihnen liegt in erster Linie das Prinzip der Gefährdung zugrunde ⁸³. Daneben legen aber auch verschiedene andere Erwägungen die Begründung der einzelnen Haftungen nahe. Dogmatische Konsequenzen ergeben sich freilich aus diesen sozialpolitisch bedingten Verschiedenheiten nicht ⁸⁴.

⁸² Vgl. § 6 II. und § 8 I. Als solche Entlastungsgründe gelten höhere Gewalt, Selbst- und Drittverschulden.

⁸³ Vgl. vorne, S. 24, insbesondere N 54 und für die Haftungsgründe von OR 58 und ZGB 679 § 4.

⁸⁴ Oftinger, S. 22; Bienenfeld, S. 50 f., weist auf diesen Unterschied zwischen rechtspolischem und dogmatischem Problem besonders hin. Rechtspolitisch ist die Frage nach dem Haftungsgrund, dogmatisch diejenige nach den Voraussetzungen der Haftung, nach den Tatbestandsmerkmalen. Für die Theorie der Kausalhaftung, vgl. namentlich Bienenfeld.

Diese Kausalhaftungen gemäss OR 55, 56, 58, ZGB 333 und 679 sind hinsichtlich ihrer typischen *Tatbestandsmerkmale uneinheitlich*. Verschieden sind sie einmal schon in bezug auf die *Objekte*, an welche die Haftung geknüpft ist. Werk- und Grundeigentümerhaftung gehen beide von einer Herrschaft über *Sachen* aus, wie freilich auch die Haftung des Tierhalters. Doch schon äusserlich unterscheidet sich diese von jenen, indem sie sich auf Lebewesen bezieht, während ZGB 679 stets unbewegliche, und auch OR 58 nie belebte Sachen, die leicht den Standort wechseln, zum Gegenstand haben⁸⁵. Nicht die Sachqualität des Tieres ist aber bei OR 56 das Entscheidende, sondern die *Tatsache*, dass es sich um Lebewesen handelt, «die über eine eigene, für den Menschen vielfach unberechenbare Initiative verfügen können, welche geeignet ist, Schaden zu stiften»⁸⁶. Auch in ihrer Bedeutung unterscheidet sich daher die Tierhalterhaftung von den anderen Haftungen, die von einer Sachherrschaft ausgehen. Der Tierhalter steht dafür ein, dass er das Tier den Umständen entsprechend sorgfältig verwahrt und beaufsichtigt. Demgegenüber trägt der Werkeigentümer die Verantwortung für die richtige, zweckdienliche Anlage und Unterhaltung seines Werkes, und der Grundeigentümer für die rechtmässige Art und Weise der Benutzung seines Grundstückes.

Die Haftungen des Geschäftsherrn und des Familienhauptes hingegen unterscheiden sich von der Werk- und Grundeigentümerhaftung schon dadurch, dass sie an eine Herrschaft über *Personen* anknüpfen. Das *Subordinationsverhältnis* bildet hier den Ausgangspunkt für die Verantwortung für andere Personen, für Hilfspersonen und Hausgenossen. Allerdings ist das Element des Einstehens für fremdes Verhalten auch in den übrigen Kausalhaftungen enthalten⁸⁷. So haften Werk- und Grundeigentümer für diejenigen Personen, denen sie den Unterhalt des Werks, bzw. die Benutzung des Grundstückes überlassen. Die Verantwortung für fremdes Verhalten besteht bei den Haftungen gemäss OR 58 und ZGB 679 sogar unabhängig davon, ob ein Subordinationsverhältnis besteht oder nicht. Die Haftung ist begründet durch den Werkmangel und die Ueberschreitung des Eigentumsrechts. Es ist gleichgültig, auf wessen Verhalten Zustand oder Funktion der Sache zurückzuführen ist⁸⁸. Die Haftung für fremdes Verhalten ist hier nicht Tatbestandsmerkmal, sondern bloss eine indirekte Auswirkung der Verantwortlichkeit für die mangelfreie Beschaffenheit, bzw. recht-

⁸⁵ Oftinger, S. 399, 415, 547 ff.; v. Tuhr-Sieewart, S. 389 ff.; Guhl, S. 142; Schäfer, S. 79. Vgl. § 5.

⁸⁶ Oftinger, S. 547; Homberger, ZSR 49 N. F., S. 10a: «Hier beruht die Verschärfung der Haftung auf der Gefährdung, die aus der Tierhaltung entsteht.»

⁸⁷ Oftinger, S. 384, 10. Dieses Element findet sich auch bei den Gefährdungshaftungen nach den Spezialgesetzen.

⁸⁸ Vgl. vorne S. 29 und § 8 I. bezüglich der Entlastungsgründe des Selbst- und Drittverschuldens.

mässige Benutzung der Sache. Die Haftung des Geschäftsherrn nach OR 55 stellt die *allgemeine* Norm der Haftung für Hilfspersonen dar⁸⁹. Oftinger weist darauf hin, dass mit Ausnahme der Schutzbefohlenen (ZGB 333) die fraglichen Objekte, Werk, Grundstück, Hilfsperson und Tier, bestimmten Zwecken dienen, zweckbestimmt sind, und daher eine teleologische Betrachtung zulassen⁹⁰.

Untersuchen wir das jeweilige *Verhältnis* des Haftpflichtigen zum Objekt, so stellen wir fest, dass dieses sich bei der Haftung des Werk- und Grundeigentümers im Eigentum, bei der Haftung des Geschäftsherrn und des Familienhauptes dagegen in einem Subordinationsverhältnis und bei der Tierhalterhaftung im Halterverhältnis äussert.

Ein Moment freilich ist allen diesen Kausalhaftungen gemeinsam, dasjenige einer besonderen objektiven *Pflichtverletzung* des jeweiligen Kausalhaftpflichtigen, was der obigen Feststellung jedoch nicht entgegensteht, dass für die Kausalhaftungen kein einheitliches Tatbestandsmerkmal gefunden werden kann⁹¹. Die Verletzung einer Sorgfaltspflicht, welche von diesen Kausalhaftungen vorausgesetzt wird, hat aber nur teilweise im gesetzlich umschriebenen Tatbestand Ausdruck gefunden, vor allem bei OR 55, 56 und ZGB 333, wo ihr Fehlen wegen der Umkehrung der Beweislast als *Entlastungsgrund* erscheint⁹². Der Geschäftsherr, der Tierhalter und das Familienhaupt können sich von der Haftung befreien, sofern sie darzutun vermögen, dass sie die geforderte Sorgfalt angewendet haben; für die Befreiung der beiden ersteren genügt auch der Nachweis, dass der Schaden trotz Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre. Während der Schaden nach OR 55, 56 und ZGB 333 also trotz Erfüllung der Sorgfaltspflicht eingetreten sein kann, ist der Schaden nach OR 58 und ZGB 679 immer und notwendig die Folge einer Pflichtverletzung, weil hier die Verhinderung solcher Schäden Pflicht ist. Das Gesetz qualifiziert den mangelhaften Werkzustand und die übermässige Grundstückbenutzung als pflicht-

⁸⁹ Vgl. § 12. Die Gesetzeskonkurrenz.

⁹⁰ Oftinger, S. 54 f. Namentlich Bienenfeld, S. 212 ff., zieht daraus weitgehende Folgerungen für die Typisierung der Haftungen ohne Verschulden.

⁹¹ Vgl. vorne, S. 15 f.

⁹² Oftinger, S. 385; v. Tuhr-Sieewart, S. 378 ff.; Homberger, ZSR 49 N. F., S. 9a, 11a f., vertritt entgegen der herrschenden Meinung die Ansicht, bei OR 55 und ZGB 333 müsse der Entlastungsbeweis Exculpationsbeweis, die Haftung Verschuldenshaftung bleiben. Für das Absehen vom Verschulden auf dem Boden eines Gesetzes, das allgemein dieses als Grundlage kennt, scheint ihm kein ausreichender Grund vorhanden zu sein. Bloss eine Umkehrung der Beweislast rechtfertige sich. Ähnlich Petitpierre, ZSR 49 N. F., S. 73a f., 75a f. Die neuere Rechtsprechung hat sich nunmehr aber deutlich auf den Standpunkt gestellt, dass es sich um Kausalhaftungen handelt.

Vgl. dazu auch Oftinger, S. 475 f., 601 ff. und die dortigen Literaturhinweise; Schärer, S. 66, 122; Guhl, S. 140 betr. den Geschäftsherrn; Tuor, S. 237 und Homberger, S. 116 betr. das Familienhaupt; Trüssel, Die Möglichkeit der Entlastung des Familienhaupts, in ZBJV 45, S. 113 ff.

widrig. Die Pflichtverletzung gilt schon als vorhanden, wenn dargetan ist, dass ein Werkmangel, bzw. eine Ueberschreitung der rechtlichen Eigentumsschranken für den Schaden kausal war. Werk- und Grundeigentümer können ihre Haftbarkeit nicht dadurch verhindern, dass sie nachweisen, alle zumutbare Sorgfalt walten gelassen zu haben. Ihnen stehen nur die drei allgemeinen Entlastungsbeweise der höheren Gewalt, des Selbst- und Drittverschuldens zu. Der Nachweis des Werk-eigentümers, dass kein Werkmangel besteht, und derjenige des Grundeigentümers, dass das Eigentumsrecht nicht überschritten wird, sind keine Entlastungsbeweise; sie besagen vielmehr, dass eine Haftungsvoraussetzung fehlt. Eine Haftpflicht ist daher zum vorneherein nicht gegeben und eine Entlastung nicht nötig.

II. Abschnitt

Geschichtliches und Rechtsvergleichendes

§ 3. Die Entwicklung der Haftungen für Schädigungen durch unbewegliche Sachen

I. Die cautio damni infecti des römischen Rechts

Da unsere modernen Gesetzgebungen einige grundlegende Gedanken aus dem römischen Recht übernommen haben, soll hier auch kurz ⁹³ auf die Lösung eingegangen werden, die dieses bei Schädigungen durch unbewegliche Sachen vorsah.

Ein praetorisches Edikt gab dem Grundeigentümer gegen Schaden, der von Nachbargrundstücken her drohte, einen Rechtsschutz in Form der *cautio damni infecti*. Diese war sowohl bei Schäden gegeben, die durch die fehlerhafte Beschaffenheit eines fremden Grundstücks ⁹⁴ oder einer darauf befindlichen Anlage ⁹⁵ entstanden, als auch denjenigen, welche die Folge einer auf das andere Grundstück einwirkenden

⁹³ Ausführliche Darstellungen finden sich bei Rothenhäusler, S. 6—10, 66—70; Hauser, S. 59—72 sowie in den meisten Lehrbüchern. Vgl. auch Jeker, S. 9—15; Blumer, S. 11—16; Schoop, S. 1—7.

⁹⁴ Der Schaden, der *vitio aedium, loci, operis* entstand, musste ersetzt werden, nicht dagegen derjenige, der seinen Grund in der natürlichen Beschaffenheit des Grundstücks hatte, vgl. Windscheid, II. Bd., S. 992; Dernburg, Röm. Recht, S. 400; ders., Pandekten, S. 550; Baron, S. 580 f.

⁹⁵ Schaden, der *vitio aedium, loci, operis* entstand. Bei «opus» dachten die Römer vor allem an ein Bauwerk, dann auch an andere Anlagen und sogar Bäume, vgl. Windscheid, II. Bd., S. 993.

Tätigkeit⁹⁶ waren. Die *eine* Bestimmung der *cautio damni infecti* umfasste also, freilich bei vielen Verschiedenheiten hinsichtlich ihrer rechtlichen Konstruktion und ihres Anwendungsgebietes, den Gehalt von OR 58 und ZGB 679. Sie «machte keinen Unterschied zwischen dem der heutigen Werkhaftung immanenten passiven Moment und dem aktiven Moment der Grundeigentümlerhaftung»⁹⁷.

Das Rechtsinstitut der *cautio damni infecti* ermöglichte aber dem bedrohten Nachbarn⁹⁸ nur, das *Versprechen* in Form einer Stipulation zu erlangen, dass ihm bei allfälligem Eintritt eines Schadens Ersatz geleistet werde. Trat der befürchtete Schaden ein, so haftete der Grundeigentümer⁹⁹ nicht aus Delikt, sondern aus der bedingten Obligation, die durch die Stipulation begründet worden war. Der Geschädigte konnte diese Obligation durch die *actio ex stipulatu* geltend machen. Die Verpflichtung zum Schadenersatz war daher von einem Verschuldensnachweis unabhängig, da sie auf vertraglicher Schadensübernahme beruhte¹⁰⁰. In vielen Fällen ist freilich der Schaden auf eine Nachlässigkeit des Grundeigentümers zurückzuführen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn ihn der Nachbar vorher noch zur Stellung der *cautio damni infecti* aufgefordert, ihn also auf die fehlerhafte Beschaffenheit des Grundstücks aufmerksam gemacht hat. Eine Verpflichtung, die notwendigen Gegenmassnahmen zu treffen, bestand aber nicht, da nach einem alten römischen Rechtsgrundsatz niemand im Interesse eines andern zu positiver Tätigkeit verpflichtet war. Infolgedessen handelte der Grundeigentümer weder widerrechtlich noch schuldhaft, wenn er sein Grundstück die Nachbarn schädigend auswirken liess¹⁰¹. *Blumer*¹⁰² bezeichnet ein solches Verhalten höchstens in einem untechnischen Sinne als Verschulden, nämlich als fehlerhaftes Verhalten. Da keine Pflicht zum Handeln bestand, kann heute auch nicht von einem bloss objektivierten Verschulden gesprochen werden. Ueberdies bestand die Ersatzpflicht auf Grund der

⁹⁶ *Opus* bezeichnet eben nicht nur das Resultat der Tätigkeit, sondern auch die Tätigkeit selbst. Der daraus resultierende Schaden ist daher auch *vitio operis* entstanden. Windscheid führt dazu aus, dass *vitium* auch nicht bloss die Bedeutung von fehlerhafter Beschaffenheit, sondern auch von Schuld habe, ohne dass dabei an eine Zurechnung gedacht zu werden brauche (vgl. II. Bd., S. 998 ff., insbesondere N 1).

⁹⁷ Hauser, S. 71. Darüber, dass diese Unterscheidung nicht absolut zutrifft, vgl. § 3, IV. 2. a. E. und § 7 II. und III.

⁹⁸ und ⁹⁹ Viele Autoren erwähnen neben dem Grundeigentümer auch die dinglich Berechtigten, während im übrigen die Ansichten sehr auseinander gehen.

¹⁰⁰ Hat der Nachbar den Schaden verschuldet, so ist er ohne weiteres nach der *lex Aquilia* ersatzpflichtig, vgl. Dernburg, Röm. Recht, S. 399; ders., Pandekten, S. 549.

Vgl. zur Verschuldensfrage auch Rothenhäusler, S. 9; Hauser, S. 63; Blumer, S. 15.

¹⁰¹ Es galt der Satz: *Qui iure suo utitur, neminem laedit*.

¹⁰² Blumer, S. 15.

cautio damni infecti, auch wenn der Eigentümer des schadenstiftenden Grundstücks pflichtgemäss alle Gegenvorkehrungen getroffen hatte.

Voraussetzung der cautio damni infecti war immer, dass man für die Zukunft den Eintritt eines Schadens befürchtete; war dagegen ein Schaden bereits eingetreten, so verpflichtete sie nicht zu Schadenersatz. Bei schon erfolgten Eingriffen stand dem Nachbarn hingegen die *actio negatoria* zur Verfügung. Diese war die eigentliche sachenrechtliche Abwehrklage bei unbefugten Einwirkungen, insbesondere bei Immissionen¹⁰³.

Erzwingen konnte der bedrohte Nachbar die cautio damni infecti vom Eigentümer des schadendrohenden Grundstücks nicht. Bei Nichtleistung des Ersatzversprechens wies der Praetor den Bedrohten hingegen zunächst durch die *missio ex primo decreto* in den Mithesitz des Grundstücks ein, um ihm zu ermöglichen, selbst die nötigen Massnahmen zur Beseitigung der Mängel zu treffen (*custodiae et observationis causa*). Wurde das Versprechen immer noch verweigert, so konnte der Praetor durch die *missio ex secundo decreto* dem Bedrohten die Rechtsstellung des Beklagten verschaffen. Dessen Alternative lautete demnach: Aut de damno infecto cavere aut aedibus carere quas non defendit¹⁰⁴. War es dagegen eine Tätigkeit, welche den Nachbarn bedrohte, so erfolgte bei Verweigerung des Versprechens nicht Einweisung in den Besitz und eventuelle Aberkennung des Rechts an der res ruinosa, sondern konnte der Grundeigentümer durch den Richter in der Fortsetzung seines Tuns gehindert werden¹⁰⁵. Niemals konnte aber die cautio damni infecti gefordert werden, solange ein Anspruch auf Ersatz des eintretenden Schadens anderweitig begründet war.

Nur wo einem Grundstück von einem andern Grundstück her Schaden drohte, kam die cautio damni infecti in Frage. Sie setzte also stets *nachbarliche Verhältnisse* voraus, und zwar auch für den Fall, dass ein Schaden infolge fehlerhafter Beschaffenheit des Grundstücks oder einer darauf befindlichen Anlage drohte. Demgegenüber bleibt die Werkhaftung nach OR 58 nicht auf Beziehungen zwischen mehreren Grundstücken beschränkt. Dies ist ein Beispiel für den Zweckwandel eines Rechtsinstitutes¹⁰⁶. «Das Moment der Fehlerhaftigkeit», bemerkt *Rothenhäusler*, «ehemals nur eine unter mehreren Formen,

¹⁰³ Vgl. darüber Windscheid, I. Bd., S. 1009 ff.; Dernburg, Pandekten, S. 633 ff.; Baron, S. 283 f.

Nach *Rothenhäusler*, S. 69, betraf die *actio negatoria* unter den möglichen nachbarlichen Eingriffen aber nur die Immissionen im technischen Sinne (immittere in alienum), d. h. die Einführung von Substanzen, dagegen nicht Erschütterung, Druck usw. Alle diese andern schädigenden Eingriffe erfasste die c. d. i.

¹⁰⁴ *Rothenhäusler*, S. 8.

¹⁰⁵ Entgegen herrschender Meinung Windscheid, II. Bd. S. 1000, dazu L. 1, § 16. 17 D. de O. N. N. 39. 1. Diese Ansicht wird namentlich von *Bachofen*, Das römische Pfandrecht (1847), S. 384 ff., vertreten.

¹⁰⁶ *Rothenhäusler*, S. 69; zit. bei *Hauser*, S. 70.

in denen einem Nachbargrundstück durch ein anderes Schaden zugefügt wird, wird zur Haftungsvoraussetzung überhaupt für jeden durch das Werk gestifteten Schaden». Jedermann ist aus OR 58 aktiv-legitimiert. Diese Entwicklung mag damit begründet werden, dass in der Regel nicht Nachbargrundstücke durch die Mangelhaftigkeit eines Werkes geschädigt werden, sondern vielmehr irgendwelche Drittpersonen, Passanten. Auch birgt hier nicht das Grundstück als solches die Gefahr, sondern das darauf befindliche mangelhafte Werk, dessen Eigentümer aber nicht immer mit dem Grundeigentümer identisch ist¹⁰⁷. Vor allem aber kommt dem Begriff des Werks in der heutigen Zeit, mit ihren Städten, Wohnkolonien, Betrieben usw., auch eine ganz andere Bedeutung zu als ehemals. Auf der Basis der *cautio damni infecti* ist dagegen die Grundeigentümerhaftung nach ZGB 679 geblieben. Sie setzt nach wie vor nebeneinander bestehende Grundstücke voraus¹⁰⁸.

II. Die geltende Regelung in ausländischen Rechten

1. Die Regelung des *Code civil français*.

Das französische Recht kennt in CC 1386 eine besondere Haftung für Gebäudeschaden, der die «*idée du risque*» zugrundeliegt. Da ein Exculpationsbeweis des Eigentümers nicht zugelassen wird, nimmt man an, dass es sich «um eine reine Sachhaftung des Eigentümers handelt, um eine vom Verschulden völlig absehende Kausalhaftung»¹⁰⁹. CC 1386 erfasst aber nicht wie OR 58 alle Schadensereignisse, durch die ein Gebäude infolge fehlerhafter Herstellung oder Unterhaltung einen Schaden verursacht, sondern ist beschränkt auf den Hauptfall der *cautio damni infecti* des römischen Rechts. Danach haftet der Gebäudeeigentümer nur für Schaden, der durch Gebäudeeinsturz (*dommage causé par la ruine d'un bâtiment*) entstand.

Neben dieser speziellen Haftung für Gebäudeschaden sieht das französische Recht aber noch eine Haftungsnorm vor, die für alle andern Fälle von Sachschädigungen anwendbar ist. Es handelt sich um art. 1384, 1, der alle Schäden¹¹⁰ umfasst, seien sie durch eine beweg-

¹⁰⁷ Vgl. § 5 I. und § 9 II.

¹⁰⁸ Nur dem Grundeigentümer und einigen weiteren Berechtigten steht daher die Aktivlegitimation zu, vgl. § 9 I.

¹⁰⁹ Blumer, S. 45. Sie weist darauf hin, dass diese Auffassung in der franz. Literatur auch Ablehnung findet, indem in den Prämissen der Haftung (Fehlerhaftigkeit) eine unwiderlegbare Schuldvermutung erblickt wird. Dieser Begriff einer unumstößlichen Schuldpräsumtion ist als eine *contradictio in adiecto* abzulehnen, vgl. v. Tuhr-Sieewart, S. 156 N 56.

Nach schweiz. Terminologie wäre dann bei einer Kausalhaftung nicht von Exculpation, sondern von Exception oder Entlastung zu sprechen.

¹¹⁰ Mit Ausnahme des in art. 1384, 2, vorbehaltenen Brandschadens, den eine

liche oder unbewegliche Sache verursacht worden, und der nicht einmal eine Fehlerhaftigkeit als Schadensursache voraussetzt¹¹¹. Diese Haftung hat die besondere Gebäudehaftung weitgehend verdrängt¹¹². In dieser allgemeinen Verantwortlichkeit «pour les choses que l'on a sous sa garde» hat das französische Recht die umfassendste Haftungsbestimmung für unverschuldete Schädigungen durch Sachen. Savatier bemerkt zu ihr¹¹³: «En réalité, le risque du fait des choses peut jouer légitimement un rôle comme source de responsabilité. ...Mais il perdra toute originalité, et, finalement toute raison d'être, s'il ne respecte pas le rang primordial de la faute comme source de responsabilité civile.»

Eine besondere Haftung des Grundeigentümers für *nachbarliche Schädigungen* enthält der CC dagegen nicht. Im Nachbarrecht gilt, wenigstens theoretisch, der Grundsatz der Verschuldenshaftung¹¹⁴. Ein subjektives Verschulden des Eigentümers ist aber zu dessen Haftbarmachung nicht nachzuweisen, vielmehr involviert die Verletzung der konstruierten «obligation de voisinage» bereits ein Verschulden. Wenn nun aber diese nachbarlichen Schädigungen auf eine sich auf dem Grundstück befindliche Sache oder deren Betrieb zurückzuführen sind, was für die Mehrzahl der Schadensfälle zutrifft, so ist nach neuer Praxis wiederum art. 1384 anwendbar¹¹⁵. Folglich stellt für die meisten Schädigungen, die von einem Werk oder einem Grundstück herrühren, dieselbe Haftungsnorm die Sanktion dar. Die Frage der Abgrenzung der Werk- von der Grundeigentümerhaftung ist daher im französischen Recht nur von geringer Bedeutung. «Die französische Regelung», bemerkt Blumer¹¹⁶, «stellt die elastischste, allen Bedürfnissen am besten anpassbare dar. Darin besteht gleichzeitig ihre grosse Schwäche: sie hat keinen gesetzlichen Boden».

brennende Sache bei umliegenden andern Sachen verursacht. Hiefür gilt die Verschuldenshaftung.

¹¹¹ Savatier, S. 120: «...la Cour de cassation déclara, le 6 mars 1928, que l'article 1384 était applicable aux immeubles comme aux meubles, en dépit de l'existence, dans le Code civil, d'un autre texte, l'article 1386, relatif aux dommages causés par les bâtiments.» Ders., *Traité de la Responsabilité civile en droit français* (Paris 1939) I. Bd. Nr. 339 ff., 346 ff., 353 ff.; Blumer, S. 87; Oftinger, S. 392 f.

CC 1384, 1 war ursprünglich nur von deklaratorischer Bedeutung und diente als Ueberleitung von der Haftung für eigenes Verschulden (CC 1382, 1383) zu den Haftungen für fremdes Verhalten, für Tiere und Gebäude (CC 1384–86). Durch Umdeutung und Entstellung wurde sie dann als materielle Haftungsnorm begründet. Vgl. dazu Savatier, S. 119 ff.; Blumer, S. 81–87; Liver, NZZ Nr. 1154.

¹¹² Vgl. zur Abgrenzung von Art. 1386 Blumer, S. 102 ff. In Frankreich unterscheidet man heute auch nicht mehr zwischen CC 1384 und der besonderen Tierhalterhaftung gemäss CC 1385, vgl. Savatier, S. 121.

¹¹³ Savatier, S. 131.

¹¹⁴ Blumer, S. 123. Vgl. dazu Savatier, S. 96 ff.

¹¹⁵ Blumer, S. 128, 164 f. und dortigen Entscheid; Liver, NZZ Nr. 1154.

¹¹⁶ Blumer, S. 152; Liver, a. a. O.

2. Die Regelung des deutschen BGB.

Das deutsche BGB sieht in § 836 eine besondere *Werkhaftung* vor, welche die Schäden umfasst, die durch «den Einsturz eines Gebäudes oder eines anderen mit dem Grundstück verbundenen Werkes» oder durch «die Ablösung von Teilen des Gebäudes oder Werkes» verursacht werden, wobei der Schadensfall infolge «fehlerhafter Errichtung oder mangelhafter Unterhaltung» eintreten muss. Diese Haftung gilt als Verschuldenshaftung mit umgekehrter Beweisleist¹¹⁷; das Verschulden wird demnach präsumiert, weshalb die Haftung ohne weiteres eintritt, wenn nicht der Exculpationsbeweis erbracht wird, dass alle notwendige Sorgfalt angewendet wurde.

Eine weitere besondere Haftungsnorm für Schädigungen durch unbelebte Sachen enthält das deutsche Recht nicht; vielmehr gilt im übrigen die allgemeine Vorschrift über die Verschuldenshaftung gemäss BGB § 823, die derjenigen von OR 41 entspricht. Daher haftet der Eigentümer eines *Grundstückes* für Schädigungen, die von diesem ausgehen, grundsätzlich nur bei Verschulden. Wichtiger als diese Schadenersatzklage nach BGB § 823 sind für den von nachbarlichen Schädigungen betroffenen Grundeigentümer die Beseitigungs- und Unterlassungsklage, die sich aus der Natur des Eigentumsrechts als eines Ausschlussrechts ergeben (BGB § 903 und § 1004). Darüber hinaus hat für einige besondere Tatbestände die von der neueren Rechtsprechung entwickelte *Verkehrssicherungspflicht* Bedeutung erlangt, wonach jeder dafür verantwortlich ist, «dass die ihm gehörenden oder dienenden unbeweglichen oder beweglichen Sachen den ordnungsgemässen menschlichen Verkehr nicht gefährden»¹¹⁸. Auch hier handelt es sich aber grundsätzlich noch um Verschuldenshaftung, weswegen man die Verletzung der *objektiven* Sorgfaltsanforderungen in den Vorwurf einer Pflichtverletzung kleidet, und zwar auch da, wo die Verantwortung über das Vorwerfbare hinausgeht.

Da im deutschen Recht die Bestimmung über die Werkhaftung zur Haftungsnorm, die für nachbarliche Schädigungen angewendet wird, im Verhältnis der speziellen zur allgemeinen Norm steht, so dass sich keine Kollisionen zwischen den beiden Bestimmungen ergeben, ist die Abgrenzung ihrer Anwendungsgebiete nicht notwendig. Sind in einem konkreten Falle die Tatbestände beider Paragraphen erfüllt, so ist die spezielle Norm, also BGB § 836, anzuwenden, nach welcher das Verschulden präsumiert wird.

¹¹⁷ Enneccerus-Lehmann, S. 790; Staudinger-Engelmann, S. 1912; Oftinger, S. 394; Blumer, S. 42 ff., 54 f.

¹¹⁸ Esser, S. 32 ff.

III. Aus der Entstehungsgeschichte der Art. 58 OR und 679 ZGB

Die Verhandlungen der eidgenössischen Räte und die Vorschläge zur Werk- und Grundeigentümerhaftung lassen uns die Schwierigkeit der Abgrenzung der Anwendungsgebiete von OR 58 und ZGB 679 deutlich erkennen. Im alten OR von 1881 kannte man nur die Werkhaftung, deren Regelung in Art. 67 der heutigen in OR 58 entsprach. Von einer besonderen Verantwortlichkeit des Grundeigentümers war dagegen noch keine Rede, vielmehr galten hiefür die allgemeinen Vorschriften von aOR 50 ff. betreffend unerlaubte Handlungen, welche eine Schadenersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens begründeten¹¹⁹, soweit nicht Art. 67 Anwendung fand. Mit Ausnahme des OR war das Zivilrecht immer noch kantonal geregelt. Auf Grund der Verfassungsrevision vom 13. November 1898 schritt man dann dazu, das gesamte Zivilrecht zu vereinheitlichen. Schon der erste Entwurf Eugen Hubers vom Jahre 1900 enthielt in Art. 679 die dem geltenden Recht entsprechende Vorschrift¹²⁰. Zu ihr äusserte sich Eugen Huber wie folgt: Diese Bestimmung entspringe dem *gleichen Gedanken* wie die Werkhaftung des Art. 67 aOR, nur reiche sie insofern über diesen hinaus, als zur Begründung der Haftung *bloss eine Ueberschreitung* der rechtlichen Eigentumsgrenzen vorausgesetzt werde. Ob mit oder ohne Verschulden, solle, wer diese Grenzen nicht innehalte, für den dadurch entstandenen Schaden verantwortlich sein. Die vorliegende sachenrechtliche Vorschrift solle jene Verantwortlichkeitsnormen aus ZGB 26 (Persönlichkeitsschutz, heute ZGB 28), aOR 67, 68 (heute OR 58, 59) und die öffentlich-rechtlichen Vorschriften *in bezug auf das Grundeigentum ergänzen*, und zwar nur für das Grundeigentum und nicht als allgemeine Eigentumsregel¹²¹.

Die Bestimmung gab dem Geschädigten oder mit Schaden Bedrohten eine Klage «auf Beseitigung der Verletzung oder Vorkehrung zum Schutze gegen drohenden Schaden und auf Schadenersatz», sofern wirklich das Eigentumsrecht überschritten worden war und nicht bloss die Tatsache vorlag, dass das Grundstück als solches den Schaden verursacht hatte. Weiter behielt sie in Abs. 2 die «öffentlich-rechtlichen Vorschriften zum Schutze von Personen und Eigentum» vor. In der Expertenkommission wurde freilich 1902 auf Antrag von Wieland Abs. 2 wiederum gestrichen¹²². Da es sich von selbst verstehe, dass die öffentlich-rechtlichen Vorschriften vorbehalten blieben, was sich ja schon aus der Umschreibung des Eigentums ergebe, welche die Verfügung nur «in den Schranken der Rechtsordnung» gestatte, dürfe

¹¹⁹ Leemann, zu ZGB 679 N 1 (1. Aufl.); vgl. auch Haab, zu ZGB 679 N 1.

¹²⁰ E. Huber, Erläuterungen, S. 93—95; Rothenhäusler, S. 73 ff., 2 ff.

¹²¹ E. Huber, Erläuterungen, S. 95.

¹²² Expertenkommission 1902, zu Art. 679 ZGB.

man nicht nur in einzelnen Fällen diesen ausdrücklichen Vorbehalt machen. So werde bloss die Anschauung erweckt, als wäre dieser Vorbehalt nicht allgemeingültig. Nunmehr findet sich ein allgemeiner Vorbehalt in ZGB 6¹²³. Ein Antrag *Reichels* auf Streichung des ganzen Artikels, da ja die wirklich praktischen Fälle durch aOR 67 hinreichend berücksichtigt würden, welche Bestimmung sich übrigens bei Revision des OR in bezug auf ihre Begriffe Gebäude und Werk erweitern liesse, wurde dagegen mit 22 gegen 5 Stimmen verworfen. *Gottofrey* wies darauf hin, dass zwar Art. 679 auf der Basis von aOR 67, 68 beruhe, aber «*avec extension des éléments de fait.*» So werde der Eigentümer eines Baumes, der den Nachbarn bedrohe, nur nach Art. 679 verantwortlich. Im weiteren Verlaufe der Verhandlungen machte *Winkler* die Anregung, ob man nicht die Art. 679 und 684 dieses Entwurfes und die Art. 67 und 68 aOR *zusammenziehen* könnte, da sie sich in der gleichen Richtung bewegen; Art. 684 begründe die Pflicht, die rechtlichen Eigentumsgrenzen nicht zu überschreiten, und Art. 679 stelle dazu die Sanktion dar.

Da die Kodifikation des übrigen Zivilrechts nicht möglich war, ohne dass das bereits bestehende OR davon beeinflusst wurde, drängte sich dessen Anpassung und Revision auf. Im Jahre 1904 nahm Eugen *Huber* die Grundeigentümerhaftung als blosser Schadenersatzpflicht auch in seinen Entwurf zum revidierten OR (E. I. Art. 1068) auf, während sie im bundesrätlichen Entwurf oder Entwurf II. zum ZGB als Art. 670 erschien. Hier aber umfasste sie im heutigen Sinn¹²⁴ neben der Schadenersatzpflicht auch die Beseitigungs- und Schutzpflicht. In der zugehörigen Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung hiess es, man könne diese Vorschrift, die offenbar mit aOR 67 *enge verwandt* sei, in das OR versetzen. Da oder dort werde sie schwerlich entbehrt werden wollen¹²⁵. Im Entwurfe II. zum revidierten OR von 1905 tritt dann die nahe Beziehung der Grundeigentümergeverantwortlichkeit zur Werkhaftung ganz besonders zutage, stellte man doch beide, wie in Entwurf I. von Eugen *Huber*, *nebeneinander*. Art. 1073 Abs. 1 begründete die Ersatzpflicht des Grundeigentümers für Schaden, «den er mit oder ohne Verschulden einem andern durch Ueberschreitung seines Eigentumsrechts verursachte», währenddem Abs. 2 in der bisherigen Fassung die Haftung des Werkeigentümers für Schäden enthielt, welche infolge Mangelhaftigkeit des Werks entste-

¹²³ Vgl. E. Huber, Erläuterungen, S. 11 N 6.

¹²⁴ E. II. Art. 670, stimmt nicht wörtlich mit ZGB 679 überein, doch sind die bloss redaktionellen Unterschiede bedeutungslos. Art. 670 gab eine Klage «auf Beseitigung der Verletzung (heute: ... der Schädigung) oder auf Vorkehrung zum Schutze gegen drohenden Schaden (heute kurz: auf Schutz...) und auf Schadenersatz.» Rothenhäusler, S. 73.

¹²⁵ Botschaft vom 28. Mai 1904, S. 67, 283.

hen. Derselbe Art. 1073 umfasste also beide Haftungen. Auch hier weist die entsprechende bundesrätliche Botschaft zur Begründung des Gesetzesvorschlages nachdrücklich auf den Zusammenhang zwischen Grundeigentümer- und Werkhaftung hin¹²⁶. Jene *erweiterte* die Haftung ohne Verschulden. Neben der Haftung des Eigentümers eines Gebäudes oder eines anderen Werkes werde der Grundeigentümer für die Ueberschreitung seines Eigentumsrechts auch in denjenigen Fällen haftbar erklärt, in denen eine fehlerhafte Herstellung oder mangelhafte Unterhaltung nicht vorliege. Zwar finde sich diese Bestimmung bereits im Entwurfe des Sachenrechts (E. II. Art. 670). «Wird sie hier aufgenommen, so kann sie im Sachenrecht gestrichen werden.» *An irgendeiner Stelle* aber sei sie von Bedürfnis, und niemand werde auf sie verzichten wollen. Die bundesrätlichen Ausführungen erwähnen hierauf das schon zitierte Beispiel der Dynamomaschine¹²⁷, welche ein Grundeigentümer in seinem Gebäude aufstellt, nachdem ihm durch eine Expertise versichert wurde, dass sie keine unzulässige Belästigung verursachen werde. Bewirkt die Maschine nachher trotzdem eine unerlaubte Schädigung, so ist der Grundeigentümer doch wohl eher gehalten, den Schaden zu tragen als seine geschädigten Nachbarn, obwohl ihm kein Verschulden zur Last fällt und auch keine Fehlerhaftigkeit des Werks vorliegt.

Darüber hinaus zog man schon damals die Einführung eines allgemeineren Haftungsprinzips in Erwägung für Schaden aus Werkanlagen und Einrichtungen, die eine aussergewöhnliche Gefährdung für Personen oder Sachen darstellen¹²⁸. Doch wurde von einer derartigen Erweiterung der Haftung noch Umgang genommen.

Im Entwurfe III. zum revidierten OR vom Jahre 1909 ist dagegen in Art. 1073 nur noch die Haftbarkeit für Werkschaden geregelt. Die im vorherigen Entwurfe in Abs. 1 desselben Artikels vorgeschlagene Erweiterung in bezug auf den Grundeigentümer war 1908 von der Expertenkommission auf Antrag von *Meili gestrichen* worden. Die Verantwortlichkeit des Grundeigentümers habe «mit genügender Deutlichkeit» bereits im nunmehrigen Art. 679 ZGB Aufnahme gefunden¹²⁹. Damit fand sie ihre Stelle *endgültig im Sachenrecht*, wo sie schon im Vorentwurf von Eugen *Huber* gestanden hatte. Die systematische Stellung der beiden Haftungen in zwei verschiedenen Teilen des Zivilrechts, der Werkhaftung im OR (Art. 58) und der Grundeigentümerverantwortlichkeit im Sachenrecht (Art. 679), erschwert nun die Abgrenzung der beiden Tatbestände.

¹²⁶ Botschaft vom 3. März 1905, S. 16.

¹²⁷ Vgl. vorne, S. 29.

¹²⁸ Vgl. den Vorschlag von C. Chr. Burckhardt, vorne, S. 25.

¹²⁹ Botschaft des Bundesrates vom 1. Juni 1909, S. 734, 773; Expertenkommission 1902, zu Art. 679; Rothenhäusler, S. 73.

IV. Die systematische Stellung der Grundeigentümerhaftung im Sachenrecht und deren Verhältnis zur Werkhaftung

1. Die Begründung für die Regelung der Grundeigentümerhaftung im Sachenrecht.

Die Aufnahme der Bestimmung über die Verantwortlichkeit des Grundeigentümers ins Sachenrecht fand nicht die ungeteilte Zustimmung der Juristen. Einige bestritten vielmehr ihre Richtigkeit und wünschten ihre Regelung im Anschluss an die übrigen Haftungsbestimmungen im OR. Es soll daher auch auf die damit aufgeworfene Frage der Systematik, deren Lösung für die Bestimmung des Verhältnisses zwischen Grundeigentümer- und Werkhaftung nicht unwichtig ist, kurz eingetreten werden.

Wir können die heutige systematische Stellung meines Erachtens nicht beurteilen, ohne auf die Ausführungen in den Materialien, die Gesetzesvorschläge und -begründungen zurückzugehen. Nach der Art und Weise, wie man eine Haftung begründen will, entscheidet sich auch deren Stellung im System des Rechts.

Wie uns die Entstehungsgeschichte der Werk- und Grundeigentümerhaftung gezeigt hat (vgl. III.), hatte die letztere ihre Stellung ursprünglich bereits im Sachenrecht, nämlich schon im Vorentwurf von Eugen Huber. Dort war die Bestimmung denn auch gedacht als Ergänzung schon bestehender Vorschriften über die Verantwortlichkeit des Grundeigentümers. In der Botschaft des Bundesrates wurde dann aber betont, dass man diese Vorschrift auch in das OR versetzen könne. An irgendeiner Stelle, also im OR oder im Sachenrecht, müsse man sie aber aufnehmen. Auch Eugen Huber äusserte sich dahin, dass sich diese Haftung in beiden genannten Teilen des Zivilrechts zweckmässig behandeln liesse¹³⁰. Man hat demnach der Frage, wo die Norm systematisch einzufügen sei, von kompetentester Seite nicht sehr grosses Gewicht beigemessen, da man deren Stellung im OR wie im Sachenrecht für vertretbar hielt. Daraus erhellt auch, dass dem Gesetzgeber die Haftung nicht nur als ausschliesslich nachbarrechtliche Verantwortlichkeit vorschwebte, sondern als allgemeine, was aus den Materialien leider nur undeutlich hervorgeht. Im OR ist die Bestimmung schliesslich mit dem Hinweis gestrichen worden, die Haftung des Grundeigentümers habe «mit genügender Deutlichkeit» bereits im Sachenrecht Ausdruck gefunden. Man darf füglich die endgültige Stellung der Haftungsnorm im Sachenrecht als etwas zufällig bezeichnen, obwohl die Erkenntnis, dass die Vorschrift vorwiegend bei nachbarrechtlichen Verhältnissen Anwendung finden würde, für diese

¹³⁰ Vgl. besonders die Entwürfe Eugen Hubers, E. I. zum ZGB, Art. 679 und E. I. zum rev. OR, Art. 1068; Rothenhäusler, S. 74.

Regelung sprach. Daher dürfen aus der blossen Tatsache, dass die Grundeigentümerhaftung im Sachenrecht und nicht im OR behandelt wird, für die Auslegung der Norm auch nicht weitere Konsequenzen gezogen werden, als dass das Nachbarrecht das Hauptanwendungsgebiet dieser Vorschrift bildet¹³¹. Andere Beweggründe für die systematische Stellung der Norm finden sich in den Materialien nicht. Hingegen bleibt die Frage offen, ob sich nicht aus dem Zusammenhang von ZGB 679 mit jenen sachenrechtlichen, hauptsächlich nachbarrechtlichen Vorschriften, für welche ZGB 679 die Sanktion darstellt, weitere Folgerungen ergeben¹³². Es sind dies diejenigen Normen, die den Inhalt und die Beschränkungen des Grundeigentums umschreiben.

Von dem Gedanken ausgehend, dass die Grundeigentümerhaftung die in aOR 67, 68 begründete Ausnahme vom Verschuldensprinzip verallgemeinere, bzw. erweitere, finden *Wieland*¹³³ und *Leemann*¹³⁴, dass die Vorschrift ihrem inneren Zusammenhange nach systematisch richtiger in das OR gehöre und im Anschluss an aOR 67, 68 folgen sollte. Auch *Méan* wünschte die Verantwortlichkeit des Grundeigentümers im OR geregelt, da es sich um einen persönlichen Anspruch jedes Geschädigten und nicht um einen bloss nachbarrechtlichen handle¹³⁵. *Rothenhäusler*¹³⁶ und *Hauser*¹³⁷ geben *Méan* soweit recht, als die Klage aus ZGB 679 eine allgemeine sei, was sich schon aus der Reihenfolge der Artikel ergebe, indem die typisch nachbarrechtlichen Schranken des Grundeigentums erst in ZGB 684 ff. geregelt seien. Dennoch halten sie aber die Stellung im Sachenrecht nicht für ungeeignet, solle doch im Sachenrecht nach der Absicht Eugen *Hubers*, der an germanistische Anschauungen anknüpfe, ganz besonders die Pflichtseite des Eigentumsrechts betont werden. Dieser Auffassung ist auch *Haab*¹³⁸. Die ausdrückliche Formulierung dieser Haftungsbestimmung im Sachenrecht stimme überein mit dem dem ZGB zugrundeliegenden Gedanken der sozialen Gebundenheit des Grundeigentums, welches dem Eigentümer nicht nur Rechte gewähre, sondern auch Pflichten auferlege. Mit Recht stellt *Haab* ferner fest, bei näherem Zusehen ergebe sich übrigens, dass Art. 679 mit dem Sachenrecht doch erheblich enger verbunden sei, als es den Anschein habe; denn er bilde die Grundlage von Art. 684, insofern dieser nur «une application spéciale de l'article 679» darstelle¹³⁹.

131 Blumer, S. 124, folgert so, die Stellung der Haftung im System... weise auf ihre typisch nachbarrechtliche Qualität hin.

132 Vgl. § 7 II. und § 9 I.

133 Wieland, zu ZGB 679, S. 124.

134 Leemann, zu ZGB 679 N 4 (1. Aufl.).

135 Méan, S. 109 f.

136 Rothenhäusler, S. 74.

137 Hauser, S. 30 ff.

138 Haab, zu ZGB 679 N 2.

139 Vgl. BGE 44 II 36 und neuerdings 73 II 154.

Der Verfasser ist ebenfalls der Ansicht, dass die Regelung der Verantwortlichkeit des Grundeigentümers unter dem Gesichtspunkt der Systematik sowohl ins OR als auch ins Sachenrecht aufgenommen werden konnte¹⁴⁰. Es kam darauf an, *wie* man sie begründen wollte. Nicht das Objekt, von dem die Schädigungen ausgehen, stellt das Kriterium für die Stellung im System dar, sonst liesse sich ja die Haftung für ein Werk auch im Sachenrecht statuieren, sondern die weiteren Voraussetzungen, unter denen eine Haftung gegeben sein soll, sind es, welche die systematische Stellung bestimmen. Ist die Voraussetzung eine obligationenrechtliche wie der Werkmangel, bei dessen kausalem Vorhandensein eine allgemeine Klage zugunsten jedes Geschädigten gegeben ist, so gehört die Norm in das OR. Wird die Voraussetzung — Ueberschreitung des Eigentumsrechts — dagegen durch sachenrechtliche Vorschriften bestimmt¹⁴¹, so ist die Stellung der Haftungsnorm im Sachenrecht vorzuziehen, auch wenn die Rechtspflichten, deren Verletzung eine Eigentumsüberschreitung darstellen, den Schutz der Allgemeinheit, nicht nur der Nachbarn bezwecken würden. Soll sich hingegen aus ZGB 679 nur eine Klage zugunsten der Nachbarn ergeben, wie der Verfasser glaubt, so ist die *einzig richtige Stellung* der Grundeigentümerhaftung diejenige *im Sachenrecht*¹⁴².

2. Das Verhältnis der Grundeigentümerhaftung zur Werkhaftung.

Beide Haftungsbestimmungen, ZGB 679 und OR 58, sind Ausnahmevorschriften, *leges speciales* zur allgemeinen Bestimmung von OR 41, der das Verschuldensprinzip zugrundeliegt¹⁴³. Aus dem Vorhergehenden (vgl. III.) ist ersichtlich, dass man sich bei Einführung der Grundeigentümerhaftung bewusst war, eine der Werkhaftung ver-

¹⁴⁰ Vgl. BGE 70 II 90 (= Pra 33, Nr. 112, S. 269): «Die Haftung des Werk-, bzw. des Grundeigentümers gehört inhaltlich dem Sachen- und dem Obligationenrecht zugleich an, wie denn die eine sich im ZGB, die andere im OR geordnet findet.»

¹⁴¹ Vgl. Otfinger, S. 397: «Es sind stets ausgesprochen sachenrechtliche Beziehungen, die dem Tatbestand von ZGB 679 zugrunde liegen.» Hauser, S. 32, erklärt, dass auch nach bundesgerichtlicher Auffassung die Beantwortung der Frage, ob und inwieweit eine Ueberschreitung des Grundeigentumsrechts vorliege, sachenrechtlicher Natur und insbesondere den Bestimmungen des Nachbarrechts zu entnehmen sei; Tuor, S. 484; Rothenhäusler, S. 83 ff.; Bachmann, S. 20; Blumer, S. 170 ff.; hinten § 7 II.

¹⁴² In BGE 28 II 291 wurde in diesem Sinne festgestellt, dass nach Art. 67 und 68 aOR *jedem* Beschädigten oder Bedrohten ein Anspruch zustehe, während das (damals noch kantonale) Sachenrecht *allein den Eigentümer* im Auge habe. Alles, was die Benützung des Grundstücks betreffe, müsse daher zum Sachenrecht gehörend angesehen werden. Alle diese Bestimmungen seien durch das eidg. aOR nicht berührt und *könnten von ihm nicht berührt werden*, da es sich hiebei nicht um Beziehungen von Person zu Person, sondern um solche von Sache zu Sache (Grundstück zu Grundstück) handle (korrekter: Beziehungen zwischen Eigentümern von Sachen, vgl. W. Burckhardt, Einführung, S. 11).

¹⁴³ Vgl. vorne, S. 23 f.

wandte Haftungsnorm aufzustellen, eine Vorschrift zu schaffen, die mit der Werkhaftung Berührungspunkte aufweist und sich mit dieser überschneiden kann. In welchem Verhältnis steht nun aber ZGB 679 zu OR 58?

In den Erläuterungen zu seinem Vorentwurf zum ZGB bemerkt Eugen Huber¹⁴⁴, dass ZGB 679 dem gleichen Gedanken wie die Werkhaftung nach aOR 67 entspringe und nur insofern über diese hinausreiche, als zur Begründung der Haftpflicht *bloss eine Ueberschreitung* der rechtlichen Grenzen des Grundeigentums vorausgesetzt werde. ZGB 679 *ergänze* jene andere Haftungsvorschrift in bezug auf das Grundeigentum. Eine *Erweiterung* der Haftung von aOR 67 erblickt Gotofrey in ZGB 679, wenn er feststellt¹⁴⁵, diese Bestimmung beruhe auf der Basis von aOR 67 «avec extension des éléments de fait.» Auch in der bundesrätlichen Botschaft vom 3. März 1905 heisst es¹⁴⁶, die Grundeigentümerhaftung *erweitere* die (durch die Werkhaftung begründete) Haftung ohne Verschulden.

Ebenso findet sich in der späteren Literatur immer wieder die Ansicht vertreten, die Grundeigentümerversantwortlichkeit sei eine *Erweiterung, Verallgemeinerung* der Werkhaftung. Am weitesten geht hierin Tobler¹⁴⁷, der zur Schlussfolgerung gelangt, «dass das Gesetz im Besitze eines infolge fehlerhafter Herstellung oder mangelhafter Unterhaltung gefährdenden Werkes eine Eigentumsüberschreitung sieht». Danach betrachtet er unter anderem die Unterlassungen, eine Jauchegrube zuzudecken, vereiste Treppen zu sanden sowie Verkehrshindernisse nachts zu beleuchten, als Ueberschreitungen des Eigentumsrechts. Wäre diese Annahme richtig, so würde die Werkhaftung nach OR 58 bloss einen Spezialfall von ZGB 679 darstellen; stets, wenn eine Klage aus OR 58 gegeben wäre, liesse sich bei Identität von Werk- und Grundeigentümer auch gemäss ZGB 679 eine Klage anstrengen, wodurch OR 58 beinahe überflüssig erschiene. Dass dies keineswegs zutrifft, wurde indessen schon wiederholt festgestellt¹⁴⁸, denn der Begriff der Eigentumsüberschreitung setzt notwendig die Verletzung eines grundeigentumsrechtlichen Verhältnisses voraus. Nur dann liegt eine Ueberschreitung des Eigen-

¹⁴⁴ E. Huber, Erläuterungen, S. 93—95; Sten Bull XVI, S. 538.

¹⁴⁵ Expertenkommission 1902, zu Art. 679.

¹⁴⁶ Botschaft, S. 16.

¹⁴⁷ Tobler, SJZ 6, S. 61.

¹⁴⁸ Vgl. Rothenhäusler, S. 75 ff.; Hauser, S. 21 ff.; Blumer, S. 212 f., 176 f.; hinten § 7 II.

Die «Erklärung des Trugschlusses» liegt m. E. dagegen nicht im passiven Moment von OR 58 einerseits und dem aktiven Element von ZGB 679 andererseits, wie Hauser glaubt. Nur in der Regel liegt einem Werkmangel eine Unterlassung zugrunde, und nur in der Regel stellt ein positives Tun die Ursache der Eigentumsüberschreitung dar, aber nicht ausschliesslich. Vgl. IV. 2. a. E. und § 7 II. u. III.

tumsrechts vor, wenn eine schädliche Einwirkung in Missachtung der rechtlichen Schranken des Grundeigentums von einem Grundstück auf ein anderes erfolgt.

Als Verallgemeinerung, bzw. Erweiterung, Ergänzung von OR 58 halten auch *Wieland*¹⁴⁹ und *Leemann*¹⁵⁰ die Grundeigentümerhaftung. Damit begründen sie gerade ihre Auffassung, dass die Bestimmung systematisch richtiger in das OR gehöre (vgl. IV. 1.). Nach *Leemann* besteht die Erweiterung von OR 58 darin, dass zur Begründung der Haftung des Grundeigentümers allgemein nur eine Ueberschreitung der rechtlichen Grenzen des Eigentums vorausgesetzt wird. Daher werde der Grundeigentümer für die Ueberschreitung seines Eigentumsrechts auch für die Fälle haftbar erklärt, wo von einer fehlerhaften Herstellung oder mangelhaften Unterhaltung keine Rede sei¹⁵¹. Ähnlich stellen *Rossel et Mentha* fest¹⁵², es sei nicht mehr notwendig, dass der Schaden oder die Gefahr von Gebäuden oder anderen Werken herrühre, «il suffit qu'il ait sa cause dans un excès du droit de propriété». Gleichfalls erklärt *Haab*¹⁵³ in kritischer Würdigung der Sachlage, die ohne das Bestehen der Grundeigentümerhaftung bestünde, dass OR 58 der Erweiterung und Ergänzung durch den vorliegenden Artikel (ZGB 679) bedürfe, da sonst wohl ein passives Verhalten einer gegenüber OR 41 verschärften Haftung unterläge, nicht dagegen ein positives Handeln des Eigentümers. Schliesslich erblicken auch C. Chr. *Burckhardt*¹⁵⁴, *Rothenhäusler*¹⁵⁵, *Hauser*¹⁵⁶, *Bachmann*¹⁵⁷, *Schoop*¹⁵⁸, *Wegmann*¹⁵⁹ und *Blumer*¹⁶⁰ in der Grundeigentümerhaftung eine Ergänzung von OR 58, wobei die letztere die Bezeichnungen Erweiterung und Verallgemeinerung für längst überholt hält. Mit Recht stellt die Autorin fest, dass die beiden Bestimmungen in einem *Verhältnis der Nebenordnung*, nicht der Ueber- oder Unterordnung stehen. Dass die Grundeigentümerhaftung die Bestimmung von OR 58 *nicht ersetzen, sondern ergänzen* solle, ist immer wieder betont worden und ist heute ziemlich unbestritten; schon die Erläuterungen von *Eugen Huber* halten dies ausdrücklich fest.

¹⁴⁹ Wieland, zu ZGB 679, S. 124.

¹⁵⁰ Leemann, zu ZGB 679 N 1.

¹⁵¹ Leemann, a. a. O. (1. Aufl. N 2).

¹⁵² Rossel et Mentha, II. Bd., S. 353.

¹⁵³ Haab, zu ZGB 679 N 1.

¹⁵⁴ C. Chr. Burckhardt, ZSR 22 N. F., S. 565 f. N 1.

¹⁵⁵ Rothenhäusler, S. 74.

¹⁵⁶ Hauser, S. 5, 26.

¹⁵⁷ Bachmann, S. 133.

¹⁵⁸ Schoop, S. 21.

¹⁵⁹ Wegmann, S. 30 N 2.

¹⁶⁰ Blumer, S. 213.

Entgegen den genannten Ansichten glaubt *Oftinger*¹⁶¹ jedoch, die Vorschrift von ZGB 679 sei nicht eine Ergänzung oder Erweiterung derjenigen von OR 58, sondern beziehe sich auf einen ganz anderen, eben *sachenrechtlichen Tatbestand*, gehöre in den Zusammenhang von ZGB 684 und stelle eine *Ergänzung der Negatorienklage* von ZGB 641, 2 dar.

Untersuchen wir zunächst einmal die Bedeutung der verschiedenen Bezeichnungen, so dürfen wir wohl Erweiterung und Verallgemeinerung hier einander gleichsetzen. Beide besagen, dass *allgemein* das Anwendungsgebiet von OR 58 ausgedehnt werde. Da ZGB 679 das Anwendungsgebiet der Werkhaftung aber nicht allgemein erweitert, lässt sich die Grundeigentümerhaftung nicht schlechthin als Erweiterung, Verallgemeinerung von OR 58 bezeichnen. Diese Ansicht, die vor allem *Tobler* vertrat, haben wir bereits abgelehnt. Dagegen halte ich, entgegen der Auffassung *Blumers*, die Bezeichnungen Erweiterung und Verallgemeinerung auch nicht für überholt. Die richtige Umschreibung scheint mir der Ausdruck *Ergänzung* zu geben. Dieser dehnt das Anwendungsgebiet nur hinsichtlich eines Teiles aus, *nur für einen ganz besonderen Tatbestand* von OR 58. Für diesen bloss bildet ZGB 679 aber auch eine Erweiterung, Verallgemeinerung. Ein Bild vermag uns diese Anschauung näher zu bringen. Wäre ZGB 679 schlechthin eine Erweiterung von OR 58, so erschiene das Anwendungsgebiet von ZGB 679 als der grössere von zwei konzentrischen Kreisen. Tatsächlich haben wir uns aber das Bild zweier nicht konzentrischer Kreise vorzustellen, die sich nur zu einem kleinen Teil überschneiden, nur eine kleine Fläche beider Kreise folglich gemeinsam haben. Es betrifft dies die Fälle, da von einem mangelhaften Werk herrührende Einwirkungen sich auf ein Nachbargrundstück erstrecken und zugleich Ueberschreitungen des Eigentumsrechts darstellen. Für diese Fälle, und nur für diese, da Schäden von einem Grundstück ausgehen und ein anderes Grundstück treffen, stellt ZGB 679 insofern eine Erweiterung, Ergänzung von OR 58 dar, als der Schaden nicht von einem Werk herrühren muss und auch keine Fehlerhaftigkeit einer Sache für den Schadenseintritt kausal zu sein braucht, sondern als vielmehr schon jede Eigentumsausübung, welche die rechtlichen Schranken des Grundeigentums missachtet, zur Begründung der Haftpflicht genügt. In diesem Sinne stellt die Grundeigentümerversantwortlichkeit die strengere der beiden Kausalhaftungen dar¹⁶². Hingegen wird die Aktivlegitimation nach ZGB 679 auf einen engeren Kreis beschränkt. Die Feststellung *Oftingers*, ZGB 679 stelle einen ganz besonderen, eben sachenrechtlichen Tat-

¹⁶¹ *Oftinger*, S. 398. Vgl. § 10 V.

¹⁶² *Haab*, zu ZGB 679 N 1; *Oser-Schönenberger*, zu OR 58 N 6; *Tuor*, S. 484; *Brodbeck*, S. 592; *Rothenhäusler*, S. 75; *Bachmann*, S. 133; *Wegmann*, S. 14.

bestand dar, der in den Zusammenhang von ZGB 684 gehöre, scheint mir dieser tatsächlichen Auswirkung nicht entgegenzustehen, dass die Grundeigentümerhaftung OR 58 ergänzt.

Wie wir dargetan haben, überschneiden sich die Anwendungsgebiete von OR 58 und ZGB 679. Schädigungen, die durch die Mangelhaftigkeit eines Werkes verursacht werden, können, soweit sie sich auf ein Nachbargrundstück erstrecken, zugleich Ueberschreitungen des Grundeigentumsrechts darstellen. Demnach gibt es in der *Praxis* Tatbestände, welche sowohl die Voraussetzungen von OR 58 wie auch diejenigen von ZGB 679 erfüllen¹⁶³. Solche Tatbestände sowie aber auch Grenzfälle, in welchen nur die Voraussetzungen der einen Haftung erfüllt werden, gilt es im folgenden zu eruieren. Weiter erhebt sich dann für jene Tatbestände die Frage, auf welche Haftungsbestimmung man sich berufen kann; gilt Gesetzeskonkurrenz, sind also grundsätzlich beide oder aber ist nur ein Artikel anwendbar, derjenige, dem die Tatumstände primär entsprechen? Nach welchen Kriterien bestimmt sich ferner gegebenenfalls der eine anwendbare Artikel?

Meines Erachtens geben uns die zur Entstehungsgeschichte der Grundeigentümerverantwortlichkeit gemachten Ausführungen bereits die entsprechende Antwort. Der der Grundeigentümerhaftung bei ihrer Einführung zugrundegelegte Sinn, als Ergänzung der Werkhaftung zu dienen, und der ihr demgemäss gegebene Inhalt lassen deutlich darauf schliessen, dass es Fälle gibt, da *beide* Bestimmungen, OR 58 und ZGB 679, anwendbar sein müssen, da *Gesetzeskonkurrenz* gilt¹⁶⁴. Die beiden Haftungsbestimmungen greifen eben ineinander über und lassen sich nicht absolut, durchgehend von einander trennen, wie unser oben gewähltes Bild der Kreise veranschaulicht. Diese Auffassung ist jedoch nicht unbestritten. Namentlich *Blumer*¹⁶⁵ bezeichnet sie als «sicherlich falsch», indem sie aus der Verschiedenheit in ratio, Wesen und Aufbau der beiden Haftungsbestimmungen folgert, «dass in Wirklichkeit niemals derselbe Tatbestand gleichzeitig beide Gesetzesstellen erfüllen kann.» Die Autorin beruft sich hierin auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtes, welches bisher niemals Gesetzeskonkurrenz von OR 58 und ZGB 679 angenommen, sondern die eine Bestimmung als anwendbar, die andere als nicht zutreffend erklärt habe, wenn von einer Prozesspartei beide Normen angerufen worden seien. Tatsächlich hat das Bundesgericht auch in einem neueren Falle, da die ungenügende Fundamentierung eines Hauses sich auf das Nachbargebäude schädi-

¹⁶³ Liver, NZZ Nr. 1156.

¹⁶⁴ Für Gesetzeskonkurrenz sind auch: Hauser, S. 24; Rothenhäusler, S. 41 f.; Jeker, S. 44; Wegmann, S. 30 N 2; im allgemeinen Teil auch Oftinger, S. 358 f.; vgl. die §§ 7 und 12.

¹⁶⁵ Blumer, S. 214; vgl. dazu die Kritik von Liver in NZZ Nr. 1156: «Wenn die Verfasserin... folgert, dass kein Fall möglich sei, auf den sowohl die eine als auch die andere Bestimmung zutrefte, so kann ihr nicht beigeprflichtet werden.»

gend auswirkte, an dieser Praxis festgehalten¹⁶⁶, während die Vorinstanzen, das zürcherische Obergericht und ein Bezirksgericht — meines Erachtens berechtigterweise — sowohl die Werkhaftung wie auch die Grundeigentümerhaftung anwendbar erklärten¹⁶⁷.

Welches sind nun aber die unterscheidenden *Merkmale*, mit Hilfe derer man versucht, die Anwendungsgebiete der beiden Haftungsnormen voneinander zu trennen? Das Kriterium, welches das Bundesgericht in seinen Entscheiden¹⁶⁸ der Abgrenzung zugrundelegte, ist ein rein äusseres. Es bestimmte die Anwendbarkeit des einen Artikels nach dem *geschädigten Objekt*. Die Haftung von OR 58 beschränke sich auf Schädigungen von Personen und beweglichen Sachen, die mit dem Werk in Berührung kämen; für Einwirkungen dagegen, die sich auf die benachbarten Grundstücke ergäben, finde die Bestimmung keine Anwendung. Hiefür seien die sachenrechtlichen Vorschriften, insbesondere diejenigen des Nachbarrechtes, anwendbar. Dieses Unterscheidungsmerkmal wäre zwar sehr einfach und praktisch, würde aber dem Sinne der Haftungsnormen in keiner Weise gerecht werden¹⁶⁹. Aus der Tatsache, dass die meisten Werkschäden sich in unmittelbarer Nähe des mangelhaften Werkes ereignen, und dass hauptsächlich bewegliche Sachen und Personen geschädigt werden, lässt sich hierin noch keine allgemeine Regel aufstellen¹⁷⁰.

Nach den Ausführungen *Blumers*¹⁷¹ sucht *Wieland*¹⁷², im Gegensatz zum Bundesgericht, das unterscheidende Merkmal im *schädigenden Objekt*. So sei nach ihm nur OR 58 anwendbar, wenn Schädigungen ohne menschliches Zutun durch Gebäude oder andere Werke verursacht würden. Diese Auffassung fände berechtigterweise Kritik, weil die nachbarlichen Schädigungen sich ja grösstenteils auf bestimmte Einrichtungen auf dem Grundstück, die als Werke im Sinne von OR 58 anzusehen sind, zurückführen lassen, der Grundeigentümerverantwortlichkeit also gerade bei Schädigungen durch solche Objekte die grösste

¹⁶⁶ Unpubliz. BGE vom 16. Dez. 1941, i. S. Genossenschaft Friedheim gegen Beckermuss und Glass. In unzutreffender Weise wurde bei der Besprechung dieses Entscheides in der NZZ 1942 Nr. 68 festgestellt, auch das BGer habe beide Vorschriften anwendbar erklärt.

¹⁶⁷ Vgl. § 7 III. 11.

¹⁶⁸ Unveröffentl. BGE vom 27. April 1934, i. S. Aufdermaur gegen Schwyz; 61 II 326; oben, N 166 zit. BGE vom 16. Dez. 1941.

¹⁶⁹ Blumer, S. 215.

¹⁷⁰ Vgl. dazu aus der Mathematik: Zum Beweise der Richtigkeit einer Formel genügen ein oder mehrere Zahlenbeispiele nicht. Ein einziges Zahlenbeispiel genügt, um die Unrichtigkeit eines Gleichnisses oder einer Formel darzutun.

Aus der Ethik: «Ein einziger und einzelhafter Mangel genügt, dass etwas schlecht sei. Dass aber etwas schlechthin gut sei, dazu reicht ein einzelnes Gute nicht hin: dazu ist die unversehrte Fülle der Gutheit gefordert» (Ordnung und Geheimnis von Thomas von Aquin, Zürich 1946, S. 31). Vgl. § 6 I.

¹⁷¹ Blumer, S. 214.

¹⁷² Wieland, zu ZGB 679, S. 125.

Bedeutung zukommt. Die Untersuchung, ob der Schädigung im konkreten Falle noch ein besonderes menschliches Verhalten zugrunde liegt, lässt sich nicht durchführen; der Werkschaden und die nachbarliche Schädigung werden beide — zumindest mittelbar — durch ein solches Verhalten verursacht. *Blumer* hat jedoch *Wieland* nicht richtig verstanden. Dieser erklärt die Grundeigentümerhaftung auf die genannten Schädigungen nicht unanwendbar, sondern stellt im Gegenteil fest, dass unter ZGB 679 auf der einen Seite *nicht nur* Schädigungen fallen, die durch Gebäude oder sonstige Werke ohne Zutun von Menschenhand erzeugt würden, denn damit würde sich ZGB 679, abgesehen von der Regelung der Beweislast für mangelhafte Unterhaltung usw., mit der Werkhaftung decken. Andererseits gehe es aber auch nicht an, *sämtliche* von einem Grundstück aus vorgenommenen Handlungen der verschärften Haftung von ZGB 679 zu unterstellen. *Wieland* gibt hier also gar kein Kriterium an, das in Kollisionsfällen eine Abgrenzung ermöglichen würde, sondern tut bloss dar, dass ZGB 679 in bezug auf die Schadensursache gegenüber der Werkhaftung eine Erweiterung darstellt.

Auch das Kriterium, das in der Gegenüberstellung des *passiven* Momentes von OR 58 und des *aktiven* Momentes von ZGB 679 liegt¹⁷³, ist unzulänglich, weil es auf einer unberechtigten Verallgemeinerung beruht. Wohl begründen die nachbarrechtlichen Vorschriften, deren Verletzung eine Ueberschreitung des Eigentumsrechts darstellt, in der Hauptsache Unterlassungs- und Duldungspflichten, ausnahmsweise jedoch auch Leistungspflichten, so dass das Grundeigentumsrecht auch durch ein Unterlassen überschritten werden kann¹⁷⁴.

*Blumer*¹⁷⁵ führt endlich zur Abgrenzung der Anwendungsgebiete von OR 58 und ZGB 679 die Unterscheidung zwischen *absoluter* und *relativer* Fehlerhaftigkeit eines Werkes ein. Danach erklärt sie auf Schädigungen durch ein absolut fehlerhaftes Werk nur OR 58, auf diejenigen durch ein relativ fehlerhaftes Werk hingegen nur ZGB 679 anwendbar. Diese Unterscheidung verdient, wie *Liver* sich ausdrückt¹⁷⁶, Beachtung gegenüber der Abgrenzung des Bundesgerichtes. Ihr Mangel besteht bloss darin, dass es auch vereinzelte Tatbestände gibt, da bei Schädigungen durch absolut mangelhafte Werke die Grundeigentümerhaftung Anwendung finden kann¹⁷⁷.

¹⁷³ Vgl. besonders Hauser, S. 22—25. Zufolge dieser «methodischen Differenzierung der beiden Artikel aus dem Gesichtspunkt des aktiven und passiven Momentes» glaubt Hauser, dass es sich da, wo Gesetzeskonkurrenz bestehe, zur Hauptsache um theoretische Grenzfälle handle, wie sie nur selten eintreten dürften (S. 25). Haab, zu ZGB 679 N 1 und 5; § 7 II. und III.

¹⁷⁴ Vgl. § 2 I. a. E. und § 7 II. und III.

¹⁷⁵ *Blumer*, S. 215.

¹⁷⁶ *Liver*, NZZ Nr. 1156.

¹⁷⁷ Vgl. § 7 II. und III.

II. TEIL

Die Abgrenzung der Haftung des Werkeigentümers von der Verantwortlichkeit des Grundeigentümers

I. Abschnitt

Haftungsgründe und Gegenstand der Haftung

§ 4. Die Haftungsgründe von OR 58 und ZGB 679

In § 1 sind allgemein die Gründe dargelegt worden, die zum Abweichen vom Verschuldensprinzip und zur Einführung von Kausalhaftungen geführt haben. Im folgenden sollen nun noch die speziellen Haftungsgründe untersucht werden, welche die Strenge der Werk- und Grundeigentümerhaftung, die beide unbestritten als Kausalhaftungen gelten¹, rechtfertigen. Für die Dogmatik ist nur das Prinzip der Gefährdung bedeutsam², dagegen kommt für die Auslegung der Haftungsnormen, insbesondere für das richterliche Ermessen, auch andern Erwägungen Bedeutung zu.

Für die Werkhaftung weist *Becker*³ darauf hin, dass vor allem umstritten sei, ob deren Rechtfertigungsgrund «in der Gefährde oder in der Billigkeit liege.» Dasselbe lässt sich für die Grundeigentümerhaftung sagen. Auch bei dieser wird die Rechtfertigung von einigen Autoren in der Gefährdung, von andern ausschliesslich in sozialpolitischen Erwägungen gesucht. Zwischen diesen beiden Anschauungsweisen besteht jedoch kein eigentlicher Gegensatz, indem jede Kausalhaftung, die auf einer besonderen Gefährdung basiert, auch dem Prin-

¹ Vgl. § 2, insbesondere N 73.

² Oftinger, S. 22.

³ Becker, zu OR 58 N 2.

zip der Billigkeit entspricht⁴. Bloss in der *Billigkeit*⁵ kann die Begründung der einen wie der anderen Kausalhaftung aber nicht gefunden werden. Billigkeits- und Zweckmässigkeitserwägungen legen erst die Anerkennung dieser Haftungen nahe⁶, aus ihnen ergibt sich erst das Postulat der Haftung. Dagegen lässt sich aus der Billigkeit allein eine Norm nicht erklären⁷. Zur Begründung einer Haftungsbestimmung bedarf es *spezieller* Gründe. Unter diesen aber steht das Prinzip der *Gefährdung* an erster Stelle. Nach diesem hat derjenige für den Schaden aufzukommen, der die Gefahr, welcher der Geschädigte zum Opfer gefallen ist, in *eigenem Interesse* geschaffen hat. Daneben sprechen freilich auch verschiedene sozialpolitische Erwägungen für die Einführung dieser vom Verschulden als Haftungsprinzip absehbenden Haftungen, wie sich ja das Problem der Schadenszurechnung kaum auf einen einzigen Rechtsgrund zurückführen lässt⁸.

Werk- und Grundeigentümerhaftung unterscheiden sich in ihrem speziellen Haftungsprinzip nicht; die Rechtfertigung beider Kausalhaftungen liegt in erster Linie im Prinzip der *Gefährdung*⁹. Wenn aber OR 58 auf das Gefährdungsprinzip zurückgeführt wird, bedeutet dies keineswegs, dass alle Werke gefährlich sind. Um die Werkhaftung als Gefährdungshaftung ansprechen zu können, ist nicht erforderlich, dass sämtlichen oder doch den meisten Werken eine Gefahr inne-

⁴ Becker, a. a. O.; Hauser, S. 45: «Der Gedanke, der der Gefährdungshaftung zugrundeliegt, entspricht unserem Rechtsempfinden.»

⁵ Wie Böckli es für die Werkhaftung glaubt, vgl. dazu Bienenfeld, S. 466. Eine Billigkeitshaftung könnte auch zu einer Haftung ohne Verschulden aus ordnungsgemäsem Bau oder Werk führen.

⁶ A. M. namentlich Oftinger, S. 21, der den Grund, warum man bei diesen Kausalhaftungen generell vom Verschulden absieht, in der Hauptsache gerade in Billigkeits- und Zweckmässigkeitserwägungen erblickt.

⁷ Blumer, S. 58 f., führt dazu aus, die Billigkeit könne immer nur in bestimmten Fällen der Strenge des Gesetzes die grössten Härten nehmen; durch Billigkeitserwägungen sei es möglich, gegenüber den allgemeinen umschriebenen typisierten Tatbeständen des Gesetzes die besonderen Umstände des Einzelfalls zur Geltung zu bringen.

⁸ Vgl. vorne, S. 15 f.

⁹ Für die Werkhaftung ist dies die herrschende Meinung, vgl. v. Tuhr-Sieewart, S. 389 (1. Aufl., S. 360); Oser, zu OR 41 N 70; Becker, zu OR 58 N 2; Liver, NZZ Nr. 1156; Bachmann, S. 134 f.; Schoop, S. 18 f. (Interesse und Gefährdung).

Auch das BGer nimmt Gefährdungshaftung an, was daraus ersichtlich ist, dass es für den Begriff «anderes Werk» in bezug auf die Gefahr eine Ähnlichkeit mit den Gebäuden verlangt, vgl. BGE 22, S. 1155; 42 II 42; 44 II 189; 61 II 255; A. M. in BGE 35 II 243 (zu aOR 67), wo dargetan wird, der Rechtsgrund liege lediglich im Billigkeitsmoment des Interesseausgleichs.

Gefährdungshaftung nehmen bei ZGB 679 an: v. Tuhr-Sieewart, S. 389/92 (1. Aufl., S. 362 ff.); Wieland, zu ZGB 679, S. 124; Hauser, S. 42, 48.

Leemann, zu ZGB 679 N 1, sucht die Rechtfertigung im Billigkeitsmoment des Interesseausgleichs und Oser-Schönenberger, zu OR 41 N 69, bezeichnen die Grundeigentümerhaftung als eine Anwendung des Interesseprinzips.

Vgl. über den Gefährdungszustand Müller-Erzbach, Archiv für zivilist. Praxis, 106 S. 352, 360 f.

wohnt¹⁰. Die Haftung nach OR 58 bezieht sich ja auch nicht auf Werke schlechthin, sondern nur auf *mangelhafte* Werke¹¹. Nur dann, wenn der Werkschaden auf eine Mangelhaftigkeit des Werks zurückzuführen ist, greift die Haftung Platz. In diesem Falle aber, da Gebäude oder andere Werke fehlerhaft angelegt oder hergestellt oder mangelhaft unterhalten werden, stellen sie in der Regel für die Umwelt eine Gefahr dar¹². Der Einwand, den *Blumer* gegen die Anerkennung der Werkhaftung als Gefährdungshaftung erhebt¹³, indem sie auf den Unterschied hinweist, dass bei OR 58 eine Fehlerhaftigkeit, also ein nicht zweckentsprechender Zustand der Sache, die Gefahr schaffe, während diese bei den eigentlichen Gefährdungshaftungen, denjenigen nach den Spezialgesetzen, geradezu in Verfolgung der Zwecke resultiere, dürfte nicht stichhaltig sein. Wird bei OR 58 freilich die Gefahr in der Regel nicht im Interesse des Haftpflichtigen begründet, so dient doch das mangelhafte Werk, das die Gefährdung darstellt, den Interessen seines Eigentümers.

Wie *Homberger*¹⁴ hält *Blumer*¹⁵ für das eigentliche Charakteristikum der Werkhaftung die Widerrechtlichkeit des Zustandes der Sache, für deren Folgen der Eigentümer auf Grund seiner absoluten Pflicht, das Gebäude oder Werk in richtigem Zustand zu erhalten, aufkommen müsse. Diese Auffassung, dass die Rechtfertigung einer Kausalhaftung in der Widerrechtlichkeit gefunden werden könne, wurde bereits abgelehnt¹⁶. Die Widerrechtlichkeit stellt bloss eine Haftungsvoraussetzung dar, nicht dagegen ein Haftungsprinzip.

Auch die Grundeigentümerhaftung lässt sich demzufolge nicht mit der Widerrechtlichkeit rechtfertigen¹⁷. Nicht weiter führt meines Erachtens die Ansicht *Bachmanns*¹⁸, nach der bei der Kausalhaftung

¹⁰ A. M. Oftinger, S. 391 f., 17—23; *Blumer*, S. 64.

¹¹ Der Verfasser stimmt daher *Oftinger* durchaus bei, wenn dieser S. 391 sagt, man dürfe zum Beispiel aus der Tatsache, dass Badezimmer gelegentlich zu Unfällen Anlass geben (BGE 36 II 189; 41 II 703; 57 II 104), nicht schliessen, dass den Badezimmern schlechthin eine Gefährdung innewohne; und dass dies noch weniger der Fall sei mit Bezug auf Leitern und ähnlichen Objekten des täglichen Lebens, die, wie das BGER in Entscheid 63 II 100 betone, «n'offrent pas de dangers particuliers, dont l'utilisation n'exige pas de connaissances spéciales, et dont tout homme est réputé savoir se servir.» Aber Badezimmern, Leitern und ähnlichen Objekten des täglichen Lebens ist eben dann eine Gefahr immanent, wenn sie *mangelhaft* sind.

¹² *Becker*, zu OR 58 N 2; *Liver*, NZZ Nr. 1156. Selbst *Blumer* sagt S. 64: «Dass die Fehlerhaftigkeit eine erhöhte Gefahr darstellt, ist klar.»

¹³ *Blumer*, S. 64 f.

¹⁴ *Homberger*, ZSR 49 N. F., S. 14a, 22a ff., 27a ff.

¹⁵ *Blumer*, S. 66. Vgl. die Kritik von *Liver* in NZZ Nr. 1156.

¹⁶ Vgl. § 1 II. a. E.

¹⁷ A. M. *Homberger*, ZSR 49 N. F., S. 15a f.; *Haab*, zu ZGB 679 N 4; *Blumer*, S. 204 f.; *Schoop*, S. 22 (der daneben freilich auch auf Interesse und Gefährdung weist).

¹⁸ *Bachmann*, S. 136.

von ZGB 679 die durch die eigenen Interessen geleitete Ausübung des Grundeigentums haftungsbegründend wirkt, wenn sie über die Schranken der Rechtsordnung hinauszielt, mit andern Worten also, wenn sie rechtswidrig ist. Da sich die Haftung nicht aus dem *Interesse* allein erklären lässt¹⁹, erfolgt damit bloss eine Antwort auf die dogmatische Frage, *wann*, nicht aber auf die rechtspolitische Frage, *warum* die durch die eigenen Interessen geleitete Eigentumsausübung haftungsbegründend wirkt. Dieser Haftungsgrund von ZGB 679 liegt eben in der besonderen Gefährdung der Nachbarn, die durch die übermässige, rücksichtslose Ausübung des Grundeigentumsrechts geschaffen wird. Da der Grundeigentümer diese Gefahr in eigenem Interesse bewirkt, soll er auch für allenfalls daraus entstehenden Schaden haften. Wie die Haftung nach OR 58 ist demnach auch diejenige nach ZGB 679 eine *Gefährdungshaftung*. Diese Auffassung wird namentlich wiederum von *Blumer* abgelehnt²⁰, und zwar mit dem Argument, die Betätigung des Grundeigentümers als solche sei sicher nicht eine besondere Gefährdung für die Umgebung; die Ueberschreitung des Grundeigentumsrechts hingegen könne nicht als eine besondere Gefahr für die Rechte anderer bezeichnet werden, weil sie ja bereits die Verletzung dieser Rechte, die Realisierung dieser Gefahr sei. Es müsste also die Eigentumsausübung gefährdet sein, wovon nicht die Rede sein könne. Demgegenüber bestätigt jedoch die Erfahrung, dass die Betätigung des Grundeigentums oft eine besondere Gefährdung des Grundeigentums in sich schliesst. Es muss damit gerechnet werden, dass die volle Ausnutzung des Eigentums am Grundstück, insbesondere die gewerbliche und industrielle, sich in übermässiger Art und Weise auf die benachbarten Grundstücke auswirkt. Ihr wohnt die Tendenz zur Ueberschreitung der nachbarrechtlichen Schranken inne, auch wenn sich die Gefahr in relativ wenigen Fällen verwirklicht. Dieser Gefährdung soll mit der Bestimmung über die Kausalhaftpflicht des Grundeigentümers begegnet werden. Der Gefahrenkreis ist bei ZGB 679 *grösser* als bei OR 58.

Wie bereits gesagt, wird bei der Werk- wie bei der Grundeigentümerhaftung das Gefährdungsprinzip noch durch verschiedene soziale Erwägungen unterstützt²¹. Im grossen und ganzen handelt es sich aber bei beiden Haftungen um die gleichen Motive, bloss erscheinen sie

¹⁹ Sonst liesse sich zum Beispiel die Haftung des Werkeigentümers für Schaden begründen, der schlechthin von dessen Werk herrührte, ohne dass also eine Mangelhaftigkeit für den Schaden kausal wäre. Das wäre, wie Rothenhäusler S. 122 bemerkt, eine ungerechtfertigte Zufallshaftung; durch die Prämisse der Fehlerhaftigkeit findet die Haftung ihre billige Begrenzung.

²⁰ *Blumer*, S. 202.

²¹ Vgl. insbesondere die eingehenden Erörterungen bei *Blumer*, S. 55—66, 201—205; § 1 III.

verschieden stark ausgeprägt²². Praktisch bedeutsame Unterschiede ergeben sich aber dadurch nicht, weshalb von einer näheren Darstellung dieser Erwägungen, die die Kausalhaftungen von OR 58 und ZGB 679 als billiger erscheinen lassen, abgesehen werden kann.

§ 5. Der Gegenstand der Haftungen von OR 58 und ZGB 679

I. Einleitung

Wie dargelegt wurde²³, überschneiden sich die Anwendungsgebiete von OR 58 und ZGB 679. Für bestimmte Tatbestände ist sowohl OR 58 wie ZGB 679 anwendbar. Welche *Voraussetzungen* müssen aber erfüllt sein, damit der Werkeigentümer auch nach ZGB 679, bzw. der Grundeigentümer auch nach OR 58 haftbar erklärt werden kann? Insbesondere drei Fragen erheben sich hiebei:

1. In bezug auf das *Subjekt* der Haftpflicht fragt sich, ob Werk- und Grundeigentümer identisch sein müssen. Diese Frage kann weder schlechthin bejaht, noch verneint werden. Der Werkeigentümer kann der Haftung nach ZGB 679 auch dann unterliegen, wenn er nicht Eigentümer des schädigenden Grundstücks ist, denn ausser dem Grundeigentümer können auch dinglich Berechtigte aus ZGB 679 passiv-legitimiert sein. Dagegen kann der Grundeigentümer nur dann aus OR 58 verantwortlich sein, wenn er zugleich Eigentümer des schadensstiftenden Werks ist²⁴. Vergleiche dazu § 9 II.

2. Als *Objekt* der Haftung setzt OR 58 ein Gebäude oder ein anderes *Werk*, ZGB 679 ein *Grundstück* voraus. Damit beide Haftungsbestimmungen auf denselben Tatbestand angewendet werden können, muss folglich ein Schaden zugleich von einem Grundstück und Werk herrühren. Davon wird im vorliegenden § 5 die Rede sein.

3. Werk- und Grundeigentümer haften nur unter einer *besonderen Voraussetzung*. So besteht die Verantwortlichkeit des Werkeigentümers nach OR 58 bloss für Schaden, der von einer *Mangelhaftigkeit* des Werks herrührt, diejenige des Grundeigentümers nach ZGB 679 nur für Schaden, der durch eine *Ueberschreitung* des Grundeigentumsrechts bewirkt wurde. Demzufolge muss die durch ein mangelhaftes Werk entstandene Schädigung zugleich eine Ueberschreitung des Eigentumsrechts bedeuten, bzw. die Ueberschreitung auf die Mangelhaftigkeit eines Werkes zurückzuführen sein, damit bei einem konkreten Tatbestand OR 58 und ZGB 679 anwendbar sind. Vergleiche hiezu § 7.

²² Schoop, S. 22 f.

²³ Vgl. vorne § 3 IV. 2.

²⁴ Vgl. BGE 40 II 220.

II. Der Gegenstand der Grundeigentümerhaftung

Als der umfassendere Begriff soll zunächst der Gegenstand der Grundeigentümerhaftung einer Betrachtung unterzogen werden.

1. Das Grundstück als schädigendes Objekt.

Der Grundeigentümer wird verantwortlich für die Ueberschreitung seines Eigentumsrechts. Er haftet für alle übermässigen Einwirkungen, die sich durch die Art und Weise der Benutzung seines Grundstückes von diesem aus auf die Nachbargrundstücke ergeben. Das schädigende Objekt ist bei ZGB 679 notwendig ein *Grundstück*²⁵. Nur für das Grundeigentum wurde bei Einführung dieser Kausalhaftung eine Ergänzung der übrigen Verantwortlichkeitsvorschriften als erforderlich erachtet. Eine allgemeine Eigentumsregel sollte nicht begründet werden, empfand man doch für das Fahrniseigentum «eine solche Ergänzung nicht als Bedürfnis»²⁶.

2. Der Begriff des Grundstücks.

Was zu den Grundstücken als Gegenstand des Grundeigentums zählt, wird nicht bloss nach faktischen Merkmalen bestimmt. Das Recht hat vielmehr seine eigenen Kriterien. Das ZGB hat in Art. 655 einen besonderen Begriff geprägt²⁷. Es bezeichnet als Grundstück im Sinne des Gesetzes:

- a) Die Liegenschaften (ZGB 655 Ziff. 1).
- b) Die in das Grundbuch aufgenommenen selbständigen und dauernden Rechte (ZGB 655 Ziff. 2). Als solche fallen vor allem die Baurechte (ZGB 779) und die Quellenrechte (ZGB 780) in Betracht.
- c) Die Bergwerke (ZGB 655 Ziff. 3).

²⁵ Vgl. dazu Blumer, S. 124 ff.

²⁶ E. Huber, Erläuterungen, S. 95; Leemann, zu ZGB 679 N 4.

Haab, zu ZGB 679 N 3, bemerkt hiezu kritisch, ob diese Ueberlegung zutreffend sei, stehe freilich auf einem andern Blatte. In einem Entscheid des luzernischen Obergerichts vom 8. Nov. 1940 wurden diese Zweifel — m. E. zu Unrecht — für begründet gehalten und die Haftungsbestimmung von ZGB 679 auf Fahrniseigentum analog anwendbar erklärt, vgl. SJZ 39, Nr. 121, S. 200 f. (Ein Eigentümer nahm befugterweise seine leicht demontierbaren Gegenstände unter Beschädigungen in einem fremden Hause weg. Wäre man hier übrigens nicht auch mit der objektivierten Verschuldenshaftung ausgekommen?). Die analoge Anwendung von ZGB 679 auf Fahrniseigentum ist schon deswegen abzulehnen, weil ZGB 679 als Ausnahmevorschrift nicht extensiv interpretiert werden darf (vgl. Leemann, zu ZGB 679 N 5). Bei Missbrauch des Eigentumsrechts an Fahrnissachen sind die schädlichen Auswirkungen meist auch weniger gross. Zudem ergeben sich Umfang und Abgrenzung des Eigentumsrechts schon aus der Natur der Sache, so dass hier die Regeln über die Verschuldenshaftung genügend sind.

²⁷ Vgl. auch ZGB 943, wo umschrieben wird, was als Grundstück in das Grundbuch Aufnahme findet.

Auf alle diese Grundstücke beziehen sich prinzipiell die Beschränkungen des Eigentums, namentlich auch diejenige von ZGB 679²⁸.

3. Der Inhalt des Grundeigentums.

Der Rechtsordnung bleibt es vorbehalten, den Inhalt des Grundeigentums zu bestimmen, da Umfang und Abgrenzung des Eigentumsrechts nicht wie bei den beweglichen Sachen sich schon aus der Natur der Sache ergeben. Schädliche Einwirkungen von einem Grundstück auf das andere sind unvermeidlich, was einer gesetzlichen Ordnung der Rechte und Pflichten der Grundeigentümer ruft.

a) Der Umfang des Grundeigentums.

Horizontal erstreckt sich das Eigentum an Grund und Boden bis zu den Grenzen. Diese ergeben sich einerseits durch die Aufzeichnungen im Grundbuchplane, anderseits durch die natürlichen²⁹ oder künstlichen³⁰ Abgrenzungen (ZGB 668, 1). Divergieren die bestehenden Grundbuchpläne und die tatsächlichen Abmarkungen auf dem Grundstück, so wird die Richtigkeit der Grundbuchpläne vermutet (ZGB 668, 2).

Als problematischer erwies sich die Regelung der *vertikalen* Ausdehnung des Eigentums. Auch hier erfordert eine billige Rechtsordnung, die entgegengesetzte schutzwürdige Interessen zu werten weiss, eine Beschränkung der Reichweite des Grundeigentums. Der gemeinrechtliche Satz: «Qui dominus est soli, dominus est usque ad coelum et ad inferos» lässt sich in modernen Rechten nicht mehr denken. Das ZGB hat einen gerechten Interessenausgleich gefunden, indem es, in Anlehnung an § 185 des bündnerischen Zivilgesetzbuches, die Ausdehnung des Eigentums vertikal durch das Interesse begrenzt³¹. Das Grundeigentum erstreckt sich nach oben in den Luftraum und nach unten in das Erdreich soweit, als «für die Ausübung des Eigentums ein Interesse besteht» (ZGB 667, 1)³². Dieser Regelung kommt insbesondere bei Tunnelbauten, Bergwerken, im Luftverkehr sowie bei der Führung von Leitungen durch den Luftraum Bedeutung zu.

Gemäss ZGB 667, 2 umfasst das Grundeigentum aber alles, was sich innerhalb dieser Grenzen befindet. Es gilt grundsätzlich der

²⁸ Vgl. Haab, zu ZGB 655 N 12.

²⁹ Z. B. Flüsse, Berggräte.

³⁰ Z. B. Grenzsteine, Zäune.

³¹ E. Huber, System, III. Bd., S. 240; ders., Erläuterungen, S. 85.

³² Vgl. dazu die Ausführungen bei Bachmann, S. 32–35; über die geschichtliche Entwicklung. Pittard, La circulation aérienne, in ZSR, 38 S., 501 ff.; SJZ 1, S. 66 (vor Erlass des ZGB): Die Herrschaft des Grundeigentümers finde im Bereich ihrer faktischen Möglichkeit ihre Grenze.

römisch-rechtliche Satz: «*Superficies solo cedit*», wonach alles mit dem Erdboden fest Verbundene dessen rechtlichem Schicksal folgt (*Akzessionsprinzip*)³³. Vor allem umfasst das Grundeigentum, unter Vorbehalt einiger Ausnahmen, innerhalb der gegebenen Grenzen alle Bauten, Pflanzen und Quellen (ZGB 667, 2; 671; 678; 704, 1). Das Grundstück ist daher als Objekt des Grundeigentums nicht nur als ebene Fläche, sondern als *Raum* zu verstehen³⁴.

b) Die Bestandteile des Grundeigentums.

Dass das Grundeigentum grundsätzlich alle *Bauten, Pflanzen und Quellen* umfasst (ZGB 667, 2), ergibt sich schon aus ZGB 642. Das Eigentum an einer Sache erstreckt sich auch auf deren Bestandteile (ZGB 642, 1). Die beiden Bestimmungen ZGB 667, 2 und 642, 1 sind aber nicht identisch, letztere muss vielmehr allenfalls zur Ergänzung herangezogen werden. Es gibt nämlich auch Bauten und Pflanzen, die nicht Bestandteile des Bodens sind, weil ihre Verbindung mit dem Boden nicht auf die Dauer angelegt ist. Es sind dies die *Fahrnisbauten* gemäss ZGB 677 (Hütten, Buden, Baracken und dergleichen) und die *Fahrnispflanzen* gemäss ZGB 678, 1 (z. B. Baumschulpflanzen), welche eines *Sondereigentums* fähig sind. Sie stehen zum Grundstück in keinem dinglichen Verhältnis³⁵. Für die nachbarlichen Einwirkungen, die von Fahrnisbauten und -pflanzen herrühren, wird der Grundeigentümer daher auch dann nach ZGB 679 verantwortlich, wenn diese nicht in seinem Eigentum stehen³⁶. Dagegen ist er als *Quelleneigentümer*³⁷ von der Grundeigentümerhaftung insofern ausgenommen, als er nach der bundesgerichtlichen Praxis zur schrankenlosen Nutzung des Quellwassers ohne Rücksicht auf die Nachbarn befugt ist, denen der Abfluss auf oder unter der Erdoberfläche diene und für die er zur Bewirtschaftung ihrer Grundstücke notwendig ist. Das Gesetz gibt die Quellen und deren Abflüsse, unter Vorbehalt vertraglicher Beschränkungen, in die ausschliessliche und unbedingte Gewalt und Nutzung des Grundeigentümers, was aber mit *Liver*³⁸ als Fehler des ZGB zu bezeichnen ist. In Entscheid 43 II 152 ff. hat das Bundesgericht sogar erkannt, dass unter den Begriff der Quelle auch die sogenannten Bach- und Flussquellen fallen, ohne Rücksicht darauf, mit welcher Mächtigkeit sie fliessen. Aus dieser Praxis ergeben sich

³³ Tuor, S. 470.

³⁴ Blumer, S. 126.

³⁵ E. Huber, Erläuterungen, S. 90; vgl. ZGB 677, 2 und 678, 2.

³⁶ Könnte dagegen ein dingliches Recht begründet werden, so würde der dinglich Berechtigte der Grundeigentümerhaftung unterstehen. Evtl. kann der Eigentümer freilich Rückgriff nehmen, Vgl. § 11.

³⁷ Eigentümer der Quelle ist derjenige Grundeigentümer, in dessen Grundstück der sog. Quellpunkt liegt (BGE 65 II 57 = Pra 28 Nr. 73).

³⁸ Liver, ZBJV 82, S. 146 ff.

aber ganz unbillige Konsequenzen³⁹. Nur ausnahmsweise, bei besonderen Verhältnissen, gewährt das Gesetz den Anliegern einen Rechtsschutz⁴⁰. Längst als unhaltbar erwiesen hat sich auch Art. 704, 3 ZGB, der den Quellen das Grundwasser schlechthin gleichstellt. Nach dieser Bestimmung wäre das Grundwasser generell als Bestandteil des Grundstücks zu betrachten. Nach neuester bundesgerichtlicher Praxis stehen jedoch *grosse Grundwasserströme* und *-becken*, die sich auf ein weites Gebiet erstrecken, ausserhalb des Bereiches des Grundeigentums und sind dem kantonalen *öffentlichen* Wasserrecht unterstellt⁴¹. Die ungenügende gesetzliche Bestimmung erklärt sich daraus, dass man bei der Schaffung der quellenrechtlichen Vorschriften des ZGB über die Grundwasservorkommen noch nicht genügend orientiert war. Erst die seitherigen geologischen und hydrologischen Forschungen haben Aufschluss gegeben über das Wesen der Grundwasserströme und -becken und deren Bedeutung für die Allgemeinheit. Das öffentliche Interesse erfordert es, dass wirtschaftlich wichtige Grundwasservorkommen der privaten Eigentumsherrschaft entzogen und dem öffentlichen Recht unterstellt werden, welches für sie schon durch ZGB 664 vorbehalten ist. Eine gutachtliche Äusserung Eugen Hubers an den Bundesrat geht denn auch dahin⁴², dass ZGB 704, 3 nicht die Rechtsverhältnisse der Grundwasserströme als solcher regeln, sondern nur die rechtliche und wirtschaftliche Gleichstellung der im privaten Eigentum befindlichen Wasseransammlungen von der Bedeutung gewöhnlicher Quellen herbeiführen sollte. Stehen also auch Quellen und deren Abflüsse, Bach- und Flussquellen sowie kleinere Grundwasservorkommen⁴³ in privatem Eigentum, so fallen sie trotzdem nicht als Gegenstand der Grundeigentümerhaftung nach ZGB 679 in Betracht, sofern man mit dem Bundesgericht jede nachbarliche Schranke der Ausnutzung einer Quelle verneint. Grundwasserströme grösseren Umfangs unterstehen dagegen nur noch dem kantonalen öffentlichen Wasserrecht.

Neben diesen Besonderheiten erfährt das Akzessionsprinzip aber auch einige Durchbrechungen:

³⁹ Vgl. dazu Liver, ZBJV 82, S. 149 ff.

⁴⁰ ZGB 689, für nicht gefasste Quellen (dazu Liver, ZBJV 82, S. 112 f.); ZGB 706 f., Schutz bereits gefasster oder in erheblicher Weise benutzter Quellen; im übrigen gilt der Grundsatz der Priorität (BGE 64 II 340 ff. = Pra 27, Nr. 183); ZGB 705 ermächtigt die Kantone ferner zu öffentlich-rechtlichen Beschränkungen.

⁴¹ BGE 65 II 143 ff. (= Pra 29, Nr. 3, S. 3 ff.) vgl. auch BGE 55 I 404; Liver, ZBJV 82, S. 158 ff. und Zitate; Tuor, S. 475 f.; Homberger, S. 198; E. Hammer, Beiträge zum schweiz. Quellen- und Grundwasserrecht, Diss. Bern 1942 (196. Heft der Abhandlungen zum schweiz. Recht, N. F.).

⁴² Vgl. BGE 65 II 147 f. (= Pra 29, Nr. 3, S. 4).

⁴³ Vgl. BGE 68 II 14 ff. (= Pra 31, Nr. 41); dazu die Kritik von Liver, in ZBJV 82, S. 150 ff., insbesondere S. 151 N 1.

aa) An allen gestützt auf ein *Baurecht* (ZGB 675, 779) errichteten Bauten (z. B. Häuser, Dämme, Brücken, Brunnen) besteht gesondertes Eigentum. Das Baurecht kann selbst als Grundstück in das Grundbuch aufgenommen werden, wenn es selbständig und dauernd ist (ZGB 779, 3; 943 Ziff. 2. Vgl. sub 2 lit. b).

bb) Alle überragenden Bauten begründen Sondereigentum, sofern zugunsten des Grundstücks, von dem sie ausgehen, durch Dienstbarkeit oder richterliches Urteil ein *Ueberbaurecht* besteht (ZGB 674).

cc) Schliesslich bilden auch die Leitungen auf fremden Zwischengrundstücken Sondereigentum, soweit sie auf Grund eines dinglichen Rechtes errichtet wurden (*Leitungsbaurecht* nach ZGB 676). Sie werden «als Zugehör des Werks, von dem sie ausgehen, und als Eigentum des Werkeigentümers» betrachtet (ZGB 676, 1 a. E.). Als Beispiele führt das Gesetz Leitungen für Wasser, Gas, elektrische Kraft und dergleichen auf. Unter den Begriff fallen schlechthin sämtliche Anlagen, die der Fort- und Zuleitung von Stoffen und Kräften dienen. Daneben aber werden in der Gerichtspraxis auch Bahnschienen, Rollbahnen, Verbindungsgeleise, Drahtseilbahnen und Schwebebahnen als Leitungen im Sinne von ZGB 676 behandelt ⁴⁴.

In all diesen Fällen (aa bis cc), da gestützt auf ein dingliches Recht Sondereigentum an Bauten und Einrichtungen besteht, unterliegt bei nachbarlichen Schädigungen durch diese der dinglich Berechtigte (vgl. § 9 II.) der Haftung nach ZGB 679.

4. Die Ursache der vom Grundstück herrührenden Schäden.

Die nachbarlichen Schädigungen, die vom Grundstück ausgehen, können verschiedene Ursachen haben. Alle Einwirkungen aber, die auf Naturereignisse zurückzuführen sind ⁴⁵ und demnach eine Folge höherer Gewalt bilden, begründen grundsätzlich keine Verantwortlichkeit des Grundeigentümers ⁴⁶. Die Schädigungen müssen vielmehr, wenn auch bloss mittelbar, von einem menschlichen Verhalten herühren, sie müssen dadurch entstehen, «dass ein Grundeigentümer sein Eigentumsrecht überschreitet.» Die Erläuterungen erklären ZGB 679 anwendbar, sobald wirklich eine Ueberschreitung des Eigentumsrechts vorliege und «nicht bloss die Tatsache, dass das Eigentum an sich

⁴⁴ Wieland, zu ZGB 676, S. 118 f.; Leemann, zu ZGB 676 N 3; Haab, zu ZGB 676 N 1.

⁴⁵ Wie z. B. Bergsturz, Steinschlag, Erdbeben, Ueberschwemmung, Feuersbrunst. Vgl. Blumer, S. 3—10 (Tatsächliche Betrachtung der Schadensfälle und deren Gruppierung).

⁴⁶ War das schädigende Ereignis aber voraussehbar und mit zumutbaren Mitteln abzuwenden, liegt nicht höhere Gewalt vor. Meist wäre hier freilich auch die Verschuldenshaftung nach OR 41 gegeben.

den Schaden gestiftet» habe. Dieses Ueberschreiten aber werde «stets ein Verhalten in sich schliessen, das wenigstens über das blossе Bestehen des Eigentumsgegenstandes» hinausgehe⁴⁷. Der Begriff der Ueberschreitung des Eigentumsrechts erfordert denn auch, dass das Eigentumsrecht zunächst überhaupt ausgeübt wird⁴⁸. Diese Ausübung kann «in den Schranken der Rechtsordnung» nach Belieben erfolgen (ZGB 641, 1). In der Regel wird der Eigentümer sein Grundstück einem bestimmten — meist wirtschaftlichen — Zwecke widmen. Je nach dessen Art bestimmt sich die Benutzungsweise des Grundstücks, welche diesem auch seinen besonderen Charakter verleiht. In seiner Gestalt, in der Anpflanzung und Bebauung, in der Herstellung von Anlagen und Bauten sowie deren Verwendung, kurz, in der gesamten Bewirtschaftung und allen auf das Grundstück bezogenen Handlungen zeigt sich jeweils die Eigenart des Grundstücks⁴⁹.

Häufig wird sich die Ausübung des Eigentumsrechts gerade in der Errichtung und Benutzung von *Gebäuden und ähnlichen Objekten* äussern, welche unter den Begriff des Werks im Sinne von OR 58 fallen⁵⁰. Einige Kommentatoren⁵¹ halten es sogar für erforderlich, dass der Schaden mit bestimmten Einrichtungen auf dem Grundstück oder deren Verwendung in Zusammenhang stehe. In den meisten Fällen trifft dies freilich zu, aber es handelt sich nicht um ein unbedingtes Requisit der Ausübung des Eigentumsrechts⁵². Eine Eigentumsausübung liegt ja auch dann vor, wenn auf dem Grundstück Tiere oder Pflanzen gehalten werden. Bei diesen wird man aber wohl kaum von Einrichtungen sprechen können. Die Zweckbestimmung des Grundstücks manifestiert sich bloss in vielen Fällen in solchen Anlagen. Wird der nachbarliche Schaden aber durch derartige Einrichtungen auf dem Grundstück verursacht, die als Werke im Sinne von OR 58 anzusehen sind, so kann neben ZGB 679 evtl. auch OR 58 als anwendbare Haftungsnorm in Betracht fallen. Hier stellt sich dann das Problem der Differenzierung der beiden Normen. Vielfach schliessen bei diesen Tatbeständen die besonderen Voraussetzungen der beiden Haftungen die Anwendbarkeit des einen Artikels aus, indem der eingetretene Schaden entweder nicht auf eine Ueberschreitung der dem Grundeigentumsrechte gesetzten Schranken oder nicht auf eine Mangelhaftigkeit des Werks zurückzuführen ist. Die Fälle sind eben nicht sehr zahl-

⁴⁷ E. Huber, Erläuterungen, S. 94.

⁴⁸ Vgl. BGE 43 II 472 f.; 61 II 327; § 7 II. 1.

⁴⁹ Blumer, S. 125.

⁵⁰ Oftinger, S. 397.

⁵¹ Wieland, zu ZGB 679, S. 125; Haab, zu ZGB 679 N 6.

⁵² Vgl. ZBJV 71, S. 129: «Von einer Ausübung des Grundeigentums lässt sich aber nur dann sprechen, wenn die Schädigung ... oder in anderer Weise durch die Benutzung dieses Grundstückes bedingt ist.» Blumer, S. 169.

reich, da ein Schadenereignis von der Ueberschreitung des Eigentumsrechts herrührt und zugleich durch einen Mangel des Werkes verursacht wird. Dies bestätigt ein Blick auf die Judikatur. Nur wenige Entscheide finden sich, bei welchen die Verantwortlichkeit unter dem Gesichtspunkt beider Haftungsbestimmungen überhaupt geprüft wurde⁵³.

III. Der Gegenstand der Werkhaftung

Die Vorschrift von OR 58 erklärt den Eigentümer eines *Gebäudes* oder eines *anderen Werkes* für den Schaden verantwortlich, den diese infolge eines Mangels verursachen. Gebäude und andere Werke⁵⁴ sind hier die schädigenden Objekte. Aus dem Wortlaut der Bestimmung sowie aus dem Marginale ergibt sich, dass der Begriff Werk den Oberbegriff darstellt⁵⁵. Die Gebäude sind nur zur näheren Anschauung als ursprünglichste und hauptsächliche Kategorie von Werken besonders erwähnt. Das Gesetz definiert die beiden Begriffe Gebäude und anderes Werk aber nicht, sondern überlässt es der Theorie und Praxis, eine nähere Umschreibung zu gewinnen⁵⁶. Diese haben denn auch den Werkbegriff mehr oder weniger festgelegt, soweit ein solch umfangreicher Begriff dies überhaupt zulässt. Eine gewisse Willkür kann leider bei der Bestimmung derjenigen Objekte, die noch unter diesen Begriff fallen, nicht vermieden werden⁵⁷. Immerhin handelt es sich da, wo die Ansichten einzelner Autoren auseinandergehen, um Grenzfälle, wie sie dem Richter nur selten zur Beurteilung vorliegen.

Da es nicht im Rahmen vorliegender Arbeit liegt, den Werkbegriff eingehend zu erörtern⁵⁸, soll hier nur kurz das Wesentliche dazu ausgeführt werden.

⁵³ Vgl. besonders BGE 28 II 290 ff. (= ZBJV 39, S. 190 ff.); 46 II 236 ff. (CO 58 et CCS 689); 61 II 323 ff. (= Pra 25, Nr. 44; JdT 84, S. 290 ff.); 70 II 85 ff. (= Pra 33, Nr. 112); 73 II 151 ff.; unveröffentl. BGE vom 16. Dez. 1941, i. S. Genossenschaft Friedheim c. Beckermuss und Glass; SJZ 3, S. 186, Nr. 602; SJZ 17, S. 141; SJZ 40, S. 9 f.; Revue 11, Nr. 30.

⁵⁴ Vgl. über die verschiedenen, während der Beratungen des Gesetzes vorgeschlagenen Fassungen Rothenhäusler, S. 21. Vgl. auch die Wendung des deutschen BGB in § 836: «eines Gebäudes oder eines anderen mit einem Grundstück verbundenen Werkes.» Rechtsvergleichende Untersuchungen finden sich bei Blumer, S. 18—27.

⁵⁵ Oftinger, S. 410; Schoop, S. 25.

⁵⁶ Bökli, S. 101; Schoop, S. 24 ff.; BGE 22 S. 115; zum Problem der Begriffsdefinierung E. Huber, SJZ 2, S. 60.

⁵⁷ Oftinger, S. 396, 412 N 109.

⁵⁸ Vgl. zum Werkbegriff: Guhl, S. 142; v. Tuhr-Siegwart, S. 389 f.; Oftinger, S. 410—421 und Kasuistik, S. 436—443 und 455—457; Schärer, S. 79—81; Méan, S. 46 ff.; Rothenhäusler, S. 18—29; Bökli, S. 101—109; Blumer, S. 23—27; Schoop, S. 24—36 sowie die Kommentare zu OR 58.

1. Der Werkbegriff nach der Gerichtspraxis.

Aus der Judikatur ergibt sich, dass vor allem unbewegliche, dann ausnahmsweise aber auch bewegliche Sachen als Werke betrachtet werden können, sofern sie stabil, namentlich mit dem Boden direkt oder indirekt verbunden, künstlich hergestellt oder angeordnet sind⁵⁹. Nur dann aber stellt das Produkt menschlicher Arbeit ein Werk im Sinne von OR 58 dar, wenn es überdies mit den Gebäuden eine gewisse Ähnlichkeit aufweist. Es müssen ihm analog den Gebäuden bei fehlerhafter Herstellung oder mangelhafter Unterhaltung besondere Gefahren innewohnen⁶⁰. Nach herrschender Meinung muss es ferner, entsprechend den unbeweglichen Bauten, wirtschaftlich von einiger Bedeutung sein, so dass die strenge Kausalhaftung als tragbar erscheint⁶¹.

2. Unbewegliche Sachen als Werke.

Als Werke im Sinne von OR 58 gelten zunächst einmal die Gebäude, darüber hinaus aber alle Bauwerke und durch menschliche Tätigkeit errichteten Anlagen unbeweglicher Natur. Werke sind daher auch Scheibenstände⁶², Brücken⁶³, Strassen⁶⁴, öffentliche Plätze⁶⁵,

⁵⁹ Guhl, S. 142; Oftinger, S. 413 ff. Zu weitgehend BGE 24 II 103, wo als Werk «toute construction, toute œuvre corporelle, dont la nature défectueuse a pour effet de pouvoir causer ... un dommage» bezeichnet wird; ähnlich SJZ 1, S. 67.

⁶⁰ BGE 22, S. 1155; 27 II 589; 35 II 424; 42 II 42; 44 II 189; 61 II 255; ZBJV 66, S. 30; Oser-Schönenberger, zu OR 58 N 5; Becker, zu OR 58 N 6; Schärer, S. 79; Blumer, S. 24; Schoop, S. 29.

A. M. Rothenhäusler, S. 28; Böckli, S. 105; Oftinger, S. 411—413. Oftinger lehnt jedes Erfordernis der Gebäudeähnlichkeit ab. Die Merkmale einer Ähnlichkeit mit den Gebäuden seien bloss in der Weise verwendbar, dass dort, wo sie wirklich vorhanden seien, meist ohne weiteres ein Werk angenommen werden könne, aber eben nicht nur dort. Die Gerichtspraxis habe sich denn in Wirklichkeit auch längst von jeder Art der Gebäudeähnlichkeit gelöst. Aus letzterem ist aber m. E. vielmehr der Schluss zu ziehen, dass in der Rechtssprechung der Werkbegriff allzuweit ausgedehnt wurde.

Will man aus OR 58 nicht eine ungerechtfertigte Kausalhaftung machen, wird man bei der Bestimmung, was als Werk zu gelten habe, nicht vom Gefährdungsmoment absehen dürfen. Die strenge Haftung gemäss OR 58 beruht ja gerade auf dem Umstand, dass jemand in eigenem Interesse eine Gefahr schafft (vgl. § 4).

Meist wird dieses Moment der Gebäudeähnlichkeit dahin ausgelegt, dass den andern Werken *ähnliche Gefahren* wie den Gebäuden innewohnen müssten. In dieser — an sich zutreffenden — Auslegung vermag das Merkmal der Gebäudeähnlichkeit jedoch nicht in allen Fällen zu genügen.

⁶¹ BGE 42 II 42; 44 II 189; 63 II 97; Oser-Schönenberger, zu OR 58 N 5; Becker, zu OR 58 N 6; Schärer, S. 79; Blumer, S. 24; Schoop, S. 29; Rossel, S. 113; zu weitgehend Böckli, S. 102 ff.

A. M. Oftinger, S. 411—413; vgl. oben N 60.

⁶² BGE 16, S. 813 ff. (= ZBJV 27, S. 119). Für alle diese Werke sei insbesondere auf die Kasuistik von Oftinger verwiesen, wo sich oft weitere Entscheidungen finden.

⁶³ BGE 11, S. 536; 31 II 206; ZBJV 62, S. 131 (= SJZ 22, S. 330, Nr. 272).

⁶⁴ BGE 24 II 102 ff.; 32 II 186; 49 II 472; 61 II 325 f.; ZBJV 78, S. 131.

⁶⁵ BGE 44 II 189; SJZ 28, S. 26.

Trottoirs⁶⁶, Geleiseanlagen⁶⁷, Kanäle⁶⁸, Kanalisationsanlagen⁶⁹, Kloaken⁷⁰, Jauchegruben⁷¹, Leitungen⁷², Quelfassungen, Brunnen⁷³, Personenaufzüge⁷⁴, eingebaute Maschinen und Motoren⁷⁵, Dampfkessel⁷⁶, Badeeinrichtungen⁷⁷ und dergleichen. Nicht als Werk anzusehen ist dagegen ein Grenzstein, weil er für sich allein keine besonderen Gefahren schafft⁷⁸. Hingegen kann dieser, wenn er zum Beispiel in eine Strasse hineinragt, einen Mangel für eine Sache bedeuten, die unter den Werkbegriff fällt.

3. Bewegliche Sachen als Werke.

Auch bewegliche Sachen können Werke im Sinne von OR 58 darstellen, sofern sie die von der Gerichtspraxis geforderten Merkmale aufweisen (vgl. sub 1), namentlich soweit sie stabil sind und bei einer Mangelhaftigkeit wie unbewegliche Bauten besondere Gefahren bilden. Die Werkqualität ist daher auch bei Baugerüsten⁷⁹, Hütten und Baracken⁸⁰, Rutschbahnen⁸¹, vorübergehend errichteten Schwebebahnen⁸², stabilen Maschinen und Motoren, zum Beispiel einer Dreschmaschine⁸³, und ähnlichem zu bejahen, nicht dagegen bei unstabilen Objekten, wie Fahrzeugen, in Fahrt begriffener Dreschmaschine⁸⁴, bei einer losen Schmirgelscheibe⁸⁵, einem Gewehr⁸⁶ und dergleichen.

4. Objekte der Natur als Werke.

Rein naturgegebene Dinge, wie der Erdboden, Hügel, Berge, Felsblöcke und Pflanzen sind keine Werke im Sinne des Gesetzes⁸⁷. Sie können aber dann als Werke behandelt werden, wenn sie durch

⁶⁶ BGE 51 II 209; ZBJV 73, S. 508; 78 S. 75.

⁶⁷ BGE 31 II 206; 59 II 169; 63 II 208.

⁶⁸ BGE 40 II 220; ZBJV 60, S. 606; 73 S. 234 (= SJZ 34, S. 124).

⁶⁹ SJZ 41, S. 107, Nr. 60. Gegebenenfalls sind hier ZGB 679/684 anwendbar, vgl. BGE 44 II 471; ZBJV 66, S. 17; 72 S. 582.

⁷⁰ SJZ 6, S. 26, Nr. 20; weitere Zitate bei Oftinger, S. 440.

⁷¹ SJZ 16, S. 24.

⁷² BGE 61 II 79 (Wasserleitung, sog. Walliser «Bisse»); SJZ 1, S. 67 (Drahtleitung); SJZ 21, S. 157, Nr. 139 (Wasserleitung).

⁷³ Oftinger, S. 406.

⁷⁴ SJZ 9, S. 92; BGE 35 II 424, 578; 41 II 688.

⁷⁵ BGE 32 II 63.

⁷⁶ BGE 63 II 145.

⁷⁷ BGE 36 II 188; 41 II 705; 57 II 106.

⁷⁸ Gl. M. Rothenhäusler, S. 26 (stützt sich jedoch in erster Linie darauf, dass das wirtschaftliche Moment fehle); A. M. Oftinger, S. 411 N 107, S. 440.

⁷⁹ BGE 22, S. 1154 f.; 33 II 152.

⁸⁰ BGE 22, S. 1155.

⁸¹ BIZR 10, Nr. 87, zit. nach Oftinger, S. 415.

⁸² BGE 60 II 221.

⁸³ BGE 47 II 429; ZBJV 83, S. 239 f.; Schärer, S. 79; Blumer, S. 78.

menschliche Bearbeitung derart umgebildet worden sind, dass sie in ihrer neuen Gestalt infolge der Art der Umformung oder wegen fehlerhafter Unterhaltung wie mangelhafte Gebäude geeignet sind, Dritte zu schädigen⁸⁸. Unter den Werkbegriff fallen daher auch ein künstlich angelegtes Bachbett⁸⁹, Schächte, Gräben, Gruben⁹⁰, zum Beispiel eine Lehmgrube⁹¹, dann ein Steinbruch⁹², Tunnels⁹³, eine künstlich angelegte Gartenanlage⁹⁴ und ähnliches. Ein einzelner Baum stellt dagegen als reines Naturprodukt selbst dann kein Werk dar, wenn er angepflanzt worden ist⁹⁵. Sand- und Steinhaufen können unter Umständen als Werke erscheinen, letztere insbesondere, wenn sie aufgeschichtet sind⁹⁶. Vielfach schaffen sie jedoch für sich allein keine besonderen Gefahren, sondern erst in Verbindung mit andern Objekten. Als Teil einer Gesamtanlage, die als Werk zu betrachten ist, können sie diese als mangelhaft erscheinen lassen. So können wie ein Grenzstein (vgl. sub 2) auch ein Baum, ein Sand- oder Kieshaufen durch ihren Standort zum Beispiel eine Strasse zum fehlerhaften Werk stempeln⁹⁷.

5. Bestandteile und Zugehör.

Die Werkhaftung erstreckt sich unbestrittenermassen auch auf die Teile von Gebäuden und anderen Werken. Als Teile eines Werkes fallen hierbei nicht nur die Bestandteile im sachenrechtlichen Sinne in Betracht, sondern auch Zugehörsachen, sofern diese mit der Hauptsache in bestimmungsgemässe Verbindung getreten sind und mit ihr zusammen eine Gefahreinheit bilden⁹⁸. Vielfach stellen in diesen Fällen die einzelnen Teile für sich kein Werk dar, sondern erst die

⁸⁴ ZBJV 68, S. 122; Schärer, S. 79; Blumer, S. 78.

⁸⁵ SJZ 19, S. 85; Handfraise: ZBJV 58, S. 125.

⁸⁶ ZBJV 64, S. 175.

⁸⁷ BGE 73 II 153: «... une vigne n'est pas un ouvrage». Keine Werke sind als belebte Sachen zum vorneherein die Tiere.

⁸⁸ BGE 42 II 256; 44 II 189; 55 II 84; Oftinger, S. 416 ff.; Schärer, S. 79; Blumer, S. 25.

⁸⁹ ZBJV 60, S. 606 (= SJZ 21, S. 342); 73 S. 234 (= SJZ 34, S. 123).

⁹⁰ BGE 25 II 111; 33 II 547; 42 II 256; ZBJV 58, S. 129.

⁹¹ BGE 61 II 255 (entgegen der früheren Praxis: 32 II 557; SJZ 3, S. 186, Nr. 604). Werkqualität ablehnend Rothenhäusler, S. 27 f.; Schoop, S. 27.

⁹² Oftinger, S. 442.

⁹³ Oftinger, S. 417, 418.

⁹⁴ SJZ 17, S. 141; Schärer, S. 80; Oftinger, S. 417 N 148.

⁹⁵ Es ist dies die herrschende Meinung, vgl. SJZ 17, S. 141; Oser-Schönenberger, zu OR 58 N 6; Rothenhäusler, S. 27; Blumer, S. 105. A. M. Oftinger, S. 417.

⁹⁶ BGE 24 II 103; Oftinger, S. 442. A. M. Blumer, S. 25.

⁹⁷ BGE 24 II 103; 49 II 472; 53 II 315.

⁹⁸ BGE 43 II 659; 63 II 95 ff.; Cuhl, S. 142; Schärer, S. 80; Oftinger, S. 418 bis 421; Blumer, S. 26; Schoop, S. 30—34.

Gesamtsache erscheint als solches⁹⁹. Keine Rolle spielt es, wenn die kombinierten Gegenstände verschiedenen Eigentümern gehören. Die Eigentumsverhältnisse sind für die Abgrenzung des Werkes nicht massgebend, denn «das Werk hört ... nicht dort auf, wo das Eigentum daran aufhört»¹⁰⁰.

II. Abschnitt

Die Voraussetzungen der Haftpflicht

§ 6. Gemeinsame Voraussetzungen

Zur Begründung der Haftpflicht des Werk- wie des Grundeigentümers hat der Geschädigte zunächst einmal nachzuweisen, dass der Tatbestand die drei allgemeinen Voraussetzungen jeder ausserkontraktlichen Schadenersatzpflicht erfüllt. Er hat den Eintritt eines Schadens, den Kausalzusammenhang zwischen der haftungsbegründenden Tatsache und dem Schaden sowie die Widerrechtlichkeit eines Verhaltens des Schädigers darzutun.

I. Der Schaden

Gemäss OR 42, 1 hat derjenige, der Schadenersatz beansprucht, den Schaden zu beweisen. Zu diesem Nachweis der Existenz eines Schadens gehört grundsätzlich auch der über die Höhe des eingetretenen Schadens¹⁰¹.

Weder für die Werkhaftung, noch für die Grundeigentümerhaftung wird die *Art* des Schadens näher umschrieben. OR 58 bestimmt vielmehr ganz allgemein, dass der Eigentümer eines Gebäudes oder

⁹⁹ Kein Werk ist z. B. ein Vorfenster, ein Leiterhaken für sich. Hier erscheint erst die Gesamtsache, das Gebäude als Werk (vgl. BGE 35 II 244; Oftinger, S. 410 f.). Dagegen können bei der Kombination von Tramschiene und Strasse beide getrennt je als Werk betrachtet werden, wie auch die Gesamtsache (vgl. BGE 59 II 169; 63 II 208; Oftinger, S. 420 f.).

¹⁰⁰ BGE 59 II 176; Oftinger, S. 420; Schärer, S. 81; Oser-Schönenberger, zu OR 58 N 5; Blumer, S. 26.

¹⁰¹ Ueber den Nachweis des Schadens, vgl. OR 42, 2; Guhl, S. 62 ff.; Schärer, S. 23 f., 35 ff.; Oftinger, S. 127 ff.

Gemäss ZBJV 84, S. 89 und dortigen Zitaten (BGE 40 II 354; 43 II 55; Oser, zu OR 42 N 5) ist die Vorschrift von OR 42, 2, wonach der nicht ziffernmässig nachweisbare Schaden nach Ermessen des Richters mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge abzuschätzen ist, auch auf die Frage anwendbar, ob überhaupt ein Schaden eingetreten sei. An Stelle eines strikten Beweises genügt demnach auch für die Annahme eines Schadeneintritts die grosse Wahrscheinlichkeit. Die Vorschriften von OR 43 ff. gelten auch für die Bestimmung des Schadenersatzes nach ZGB 679, vgl. Schärer, S. 126.

eines anderen Werkes den Schaden zu ersetzen habe, den diese infolge eines Mangels verursachen. In gleicher Weise gibt ZGB 679 dem Geschädigten generell die Klage auf Schadenersatz. Werk- und Grundeigentümer haften demnach für jede Art von Schaden, den sie unter den besonderen Voraussetzungen der beiden Haftungsnormen verursachen¹⁰². Meist entsteht der Werkschaden *unmittelbar* (*damnum corpori corpore datum*) durch ein Aktivwerden der Sache. Dies ist zum Beispiel dann der Fall, wenn infolge einer Fehlerhaftigkeit ein Werk einstürzt, Teile sich von diesem ablösen oder ein Dampfkessel explodiert. Es ist aber, entgegen einer früheren Auffassung¹⁰³, auch möglich, dass ein Werk nur mittelbar¹⁰⁴ oder sogar auf passive Weise¹⁰⁵ Schaden verursacht. Nur *mittelbar* stiftet das Werk da Schaden, wo erst das Hinzutreten eines äusseren Umstandes die Schädigung auslöst. Der Bruch einer Wasserleitung verursacht als solcher vielleicht keinen Schaden, wohl aber das der defekten Leitung entströmende Wasser¹⁰⁶. Ebensowenig bewirkt ein mangelhaft geschützter Zeigerstand einer Schiessanlage unmittelbar den Schaden; erst «ein von aussen kommendes Ereignis», der zu tiefe Schuss eines Schützen, führt die Schädigung herbei¹⁰⁷. Weiter gibt es Werke, die selbst unverändert und passiv bleiben, die aber den sie Benutzenden Schaden erleiden lassen. In Betracht fallen hier vor allem Werke, die in irgendeiner Weise dem Verkehr dienen, wie Brücken, Strassen, Treppen, Hausflure und dergleichen¹⁰⁸.

Die nachbarlichen Schädigungen, die gemäss ZGB 679 zur Ersatzpflicht des sein Eigentumsrecht überschreitenden Grundeigentümers führen, umfassen ebenfalls *mittelbare* und *unmittelbare* Einwirkungen. So betrifft von den im Verhältnis zu ZGB 679 speziellen Normen¹⁰⁹ die Immissionsbestimmung nach ZGB 684 die mittelbaren Einwirkungen, ZGB 685 bezüglich Grabungen und Bauten, ZGB 687 betreffs überragender Aeste und eindringender Wurzeln, ZGB 689 betreffend den Wasserablauf usw. die unmittelbaren Eingriffe. Immer muss aber ein materieller Schaden entstanden sein¹¹⁰. Dieser kann sowohl aus

¹⁰² Vgl. für den Werkschaden: Oftinger, S. 409; Blumer, S. 109, 23; für die nachbarlichen Schädigungen: Rothenhäusler, S. 104 f.; Blumer, S. 129 f.

¹⁰³ Vgl. deren Kritik bei Rothenhäusler, S. 50 f. und Zit.

¹⁰⁴ BGE 28 II 290 (= ZBJV 39, S. 190 ff.); Rothenhäusler, S. 50 f.; Blumer, S. 26.

¹⁰⁵ Blumer, S. 109 f.

¹⁰⁶ BGE 15 S. 639; 61 II 78 ff.; SJZ 21, S. 157, Nr. 139.

¹⁰⁷ BGE 16, S. 814 ff. (= ZBJV 27, S. 119). Hier schädigt das Werk auch auf passive Weise.

¹⁰⁸ Blumer, S. 110.

¹⁰⁹ Haab, zu ZGB 679 N 2; Oftinger, S. 397; BGE 44 II 36; 61 II 329; 73 II 154.

¹¹⁰ BGE 42 II 219; Bachmann, S. 147 und Zit.

der Schädigung des Grundstückes in seiner Substanz, wie auch aus der übermässigen Beeinträchtigung der Benutzbarkeit des Grundstückes resultieren¹¹¹. Letzternfalls drückt sich die wirtschaftliche Wertverminderung direkt durch das Sinken des Ertragswertes oder aber indirekt durch die Abnahme des Verkehrswertes aus, indem zum Beispiel gewisse Vorzüge eines bestimmten Grundstückes, wie Aussicht, Ruhe, durch die Umgebung zerstört werden¹¹². Nach der Gerichtspraxis führen selbst immaterielle Einwirkungen durch Erweckung unangenehmer psychischer Eindrücke zur Schadenersatzpflicht, sofern diese allgemein als derart lästig empfunden werden, dass dadurch der Verkehrswert des betreffenden Grundstückes nachteilig beeinflusst wird¹¹³.

Auch in bezug auf das geschädigte *Objekt* sagt OR 58 nichts aus. Daraus ist doch eigentlich zu schliessen, dass zur Begründung der Haftpflicht des Werkeigentümers jeder Schaden genügt, der auf eine Mangelhaftigkeit des Werkes zurückzuführen ist, gleichgültig, welcher Art das betroffene Objekt ist. Indessen ist vor allem die Frage, ob die Werkhaftung auch dann anwendbar ist, wenn ein benachbartes *Grundstück* durch ein mangelhaftes Werk geschädigt wird, keineswegs unumstritten. Das Bundesgericht hat in Entscheid 61 II 326 erklärt, die Haftung aus OR 58 beschränke sich auf die Schädigung von Personen und beweglichen Sachen, die bei der Benützung des Werks — in casu der Strasse — mit diesem in Berührung kämen; für Einwirkungen dagegen, die sich aus dem Vorhandensein des Werks oder aus dessen Benützung auf die ihm benachbarten Grundstücke ergäben, finde die Bestimmung keine Anwendung. Ein allfälliger Abwehr- und Schadenersatzanspruch des Eigentümers eines von solchen Einwirkungen betroffenen Grundstückes beurteile sich nicht nach dem OR, sondern nach den sachenrechtlichen Bestimmungen des ZGB, wie bereits die staatsrechtliche Abteilung des Bundesgerichts in ihrem — nicht publizierten — Entscheid vom 27. April 1934 in Sachen Aufdermaur gegen Schwyz entschieden habe und auch aus der Entstehungsgeschichte der Art. 58 OR und 679 ZGB hervorgehe¹¹⁴. In einem neueren — ebenfalls

¹¹¹ Die widerrechtliche Wasserzufuhr bewirkt z. B. Rutschungen oder zerstört eine Pflanzung.

¹¹² Blumer, S. 129. Vgl. über die Immissionen insbesondere Waldis, S. 26 ff.; Bachmann, S. 68 ff.

¹¹³ BGE 24 II 268 (Furcht vor einer mit dem Betrieb einer Pulverfabrik verbundenen Gefahr); 42 II 452 f.; 61 II 329; Waldis, S. 26; Tuor, S. 486; Bachmann, S. 93 ff.; Blumer, S. 130; Keller, S. 87.

A. M. SJZ 11, 154 f. Nr. 107, wo unter Einwirkungen nur sinnlich wahrnehmbare, nicht immaterielle oder ideelle verstanden werden. Der Anblick von Vorgängen auf dem Nachbargrundstück — im vorliegenden Falle beziehen sie sich auf ein Pissoir — wurde nicht als das Eigentum beeinträchtigende Einwirkung betrachtet.

¹¹⁴ Der Verfasser glaubt, im Gegenteil dargetan zu haben, dass sich derartige Folgerungen aus der Entstehungsgeschichte nicht ergeben. Vgl. § 3 III. und IV.

nicht veröffentlichten — Urteil ¹¹⁵ führt das Bundesgericht unter Hinweis auf BGE 61 II 326 sodann ganz allgemein aus ¹¹⁶, die Frage, inwiefern dem Eigentümer eines Grundstücks gegen Einwirkungen, die von der Nachbarliegenschaft ausgehen, ein Abwehranspruch und für eingetretene Schäden ein Ersatzanspruch zustehe, werde nicht durch das OR, sondern durch die sachenrechtlichen Bestimmungen des ZGB geregelt. Diese Auffassung des Bundesgerichts hat mit Recht schon wiederholt Kritik erfahren ¹¹⁷. Wenn es auch zutrifft, dass der Werkschaden in den meisten Fällen in der direkten Schädigung von Personen und beweglichen Sachen besteht, so kann daraus doch nicht abgeleitet werden, dass dies *ausschliesslich* gelte. Auch der Umstand, dass dem geschädigten Nachbarn bereits sachenrechtliche Schutzbestimmungen zur Verfügung stehen, ist kein Grund für die Unanwendbarkeit der Werkhaftung. Unseres Erachtens ist die Werkhaftung, unabhängig von der Art des geschädigten Objekts, bei jedem Schadensfalle anwendbar, in dem die Voraussetzungen von OR 58 erfüllt sind ¹¹⁸. Das Bundesgericht hat übrigens selbst in diesem Sinne die Werkhaftung in einem Falle angewendet, in welchem durch den Bruch einer schlecht unterhaltenen Wasserleitung auf dem Nachbargrundstück Erdrutschungen verursacht worden waren ¹¹⁹.

Keine besonderen Schwierigkeiten bietet die Bestimmung des Objekts der nachbarlichen Schädigung. Betroffen wird von der Grundeigentumsüberschreitung ein Grundstück oder eine darauf befindliche bewegliche Sache oder Person ¹²⁰.

Sowohl beim Werkschaden wie auch bei den nachbarlichen Schädigungen fällt nicht nur die Vermögenseinbusse in Betracht, vielmehr sind bei Tötung eines Menschen oder Körperverletzung auch immaterielle Nachteile zu berücksichtigen ¹²¹.

¹¹⁵ BGE vom 16. Dez. 1941, i. S. Genossenschaft Friedheim gegen Beckermuss und Glass (Schädigung eines Hauses infolge ungenügenden Fundamentes des Nachbargebäudes). Vgl. auch Fick-Morlot, zu OR 58 N 96 f.; Hauser, S. 23 f.; SJZ 2, S. 257; 3 S. 186, Nr. 602 (= Revue 25, Nr. 4); 4 S. 84, Nr. 255; BGE 32 II 558.

¹¹⁶ a. a. O., S. 4, Erw. 1.

¹¹⁷ Oftinger, S. 398 N 34, bezeichnet die Unterscheidung in BGE 61 II 326 als «zu absolut formuliert»; das Obergericht des Kantons Waadt als «un critère quelque peu artificiel», vgl. SJZ 40, S. 10, Nr. 2. Vgl. auch Liver, NZZ Nr. 1156; Blumer, S. 214 f.; § 3 IV. 2.

¹¹⁸ Vgl. v. Tuhr-Siegwart, S. 390 N 15: Der (Werk-) Schaden könne ein *Nachbargrundstück* treffen (Fall der römischen *cautio damni infecti*) oder eine sonstige Sache oder einen Menschen.

¹¹⁹ BGE 61 II 78 ff. Vgl. auch § 3 IV. 2. a. E., insbes. N 170.

¹²⁰ Oftinger, S. 398. Im Gegensatz zur hier vertretenen Auffassung kann m. E. die Schädigung ausnahmsweise auch Menschen unmittelbar treffen.

¹²¹ Genugtuung gemäss OR 47, vgl. BGE 19, S. 996; Oser-Schönenberger, zu OR 58 N 9; Becker, zu OR 58 N 18. Die Zuspreehung einer Genugtuungssumme nach OR 47 oder 49 (Verletzung in den persönlichen Verhältnissen) setzt jedoch ein Verschulden voraus, vgl. Oftinger, S. 217 ff.; Schärer, S. 50 ff., 89.

II. Der Kausalzusammenhang

Die Haftbarkeit des Schädigers setzt voraus, dass der Schaden mit der haftungsbegründenden Tatsache in ursächlichem Zusammenhang steht. Es muss zwischen Werkschaden und der Mangelhaftigkeit des Werkes¹²², bzw. zwischen der nachbarlichen Schädigung und der Ueberschreitung des Grundeigentumsrechts¹²³ Kausalzusammenhang bestehen. Dieser ist nach Doktrin und Praxis rechtlich nur dann erheblich, wenn er *adäquat* ist¹²⁴, dagegen braucht er kein unmittelbarer zu sein¹²⁵. Die Haftpflicht ist gegeben, wenn der Werkmangel, bzw. die Eigentumsüberschreitung eine adäquate Ursache des eingetretenen Erfolges bildet, gleichgültig, ob noch äussere Umstände hinzukommen mussten, um die Schädigung herbeizuführen¹²⁶. Nur wenn nachgewiesen werden kann, dass fremde Ursachen, für welche Werk- und Grundeigentümer nicht einzustehen haben, den Kausalzusammenhang unterbrechen, besteht keine Haftung¹²⁷. In diesem Falle fehlt die adäquate Kausalität zwischen Werkmangel, bzw. Eigentumsüberschreitung und eingetretenem Schaden.

III. Die Widerrechtlichkeit

Nach der im schweizerischen Recht herrschenden Theorie der sogenannten objektiven Widerrechtlichkeit ist als widerrechtlich jede Verletzung einer Norm des Verhaltensrechts zu verstehen¹²⁸. Ob diese Vorschrift sich aus dem privaten oder öffentlichen Recht, aus dem eidgenössischen oder kantonalen Recht ergibt und ob es sich um eine solche des geschriebenen oder ungeschriebenen Rechts handelt, ist belanglos¹²⁹. Erscheint es nun auch fraglich¹³⁰, ob bereits in der Ver-

¹²² Oser-Schönenberger, zu OR 58 N 10; Becker, zu OR 58 N 19; Böckli, S. 113 ff.; Rothenhäusler, S. 49 ff.

¹²³ Rothenhäusler, S. 111; Blumer, S. 201 f.

¹²⁴ Guhl, S. 61 f.; Schärer, S. 17, 88; Oftinger, S. 443, 42 ff.; Becker, zu OR 58 N 19; Hafter, Lehrbuch des schweiz. Strafrechts, Allg. Teil (Bern 1946) S. 81 ff.; Rothenhäusler, S. 51; BGE 57 II 39, 545; ZBJV 40, S. 92 u. a. m.

¹²⁵ BGE 16, S. 814; 31 II 207; Becker, zu OR 58 N 19; Oftinger, S. 443 und Zit.; vgl. § 6 I.

¹²⁶ Schärer, S. 17, 88; Oftinger, S. 443, 65 ff.; BGE 49 II 262; 55 II 87; 57 II 110; ZBJV 40, S. 165; 44 S. 552.

¹²⁷ Es gelten die drei Entlastungsgründe der höheren Gewalt, des Selbst- und Drittverschuldens, vgl. § 8 I. und § 2 I. a. E.

¹²⁸ Guhl, S. 130; Oftinger, S. 94 und dortige Zitate; Schärer, S. 13; v. Tuhr-Sieewart, S. 349 ff.; Homberger, ZSR 49 N. F., S. 23a; Oser-Schönenberger, zu OR 41 N 8 f.; Becker, zu OR 41 N 25; BGE 47 II 179; 56 II 372 u. a. m.

¹²⁹ Statt vieler, Guhl, S. 130; Oftinger, S. 95; Rothenhäusler, S. 85; BGE 55 II 334; 56 II 373.

¹³⁰ Vgl. Liver, NZZ Nr. 1156; A. M. Blumer, S. 65 f.

letzung der in OR 58 begründeten Sorgfaltspflicht ein widerrechtliches Verhalten erblickt werden kann, so liegt doch in jeder durch einen Mangel des Werks erfolgten Schädigung eines fremden Rechtsgutes eine Widerrechtlichkeit. In gleicher Weise ist auch bei der Grundeigentümerhaftung die Widerrechtlichkeit bereits in den übrigen Haftungsvoraussetzungen enthalten, indem schon der Begriff der Ueberschreitung des Eigentumsrechts ein widerrechtliches Verhalten involviert ¹³¹. Nur dann stellt die Ausübung des Eigentumsrechts ja eine Ueberschreitung im Sinne von ZGB 679 dar, wenn sie widerrechtlich erfolgt, wenn sie die dem Eigentumsrechte durch die Rechtsordnung, insbesondere durch das Nachbarrecht, gezogenen Schranken missachtet.

Als Kausalhaftungen setzen die Werkhaftung nach OR 58 und die Grundeigentümerversantwortlichkeit nach ZGB 679, wie bereits dargestellt wurde ¹³², kein Verschulden voraus.

§ 7. Die besonderen Voraussetzungen beider Haftungsarten

Die Kausalhaftpflicht des Werk- und Grundeigentümers knüpft nicht schlechthin an den Tatbestand einer durch ein Werk oder ein Grundstück bewirkten Schädigung an. Sie besteht vielmehr nur unter der besonderen Voraussetzung, dass der Werkschaden auf fehlerhafte Anlage oder Herstellung oder mangelhafte Unterhaltung des Werks (I.), bzw. die nachbarliche Schädigung auf eine Ueberschreitung des Grundeigentumsrechts (II.) zurückzuführen ist. In selteneren Schadensfällen kann es zweifelhaft erscheinen, ob ein eingetretener Schaden die Folge eines Werkmangels oder einer Verletzung der dem Grundeigentum durch die Rechtsordnung gezogenen Grenzen ist. Wie bei der Behandlung des Verhältnisses von OR 58 zu ZGB 679 unter besonderer Berücksichtigung ihrer Entstehungsgeschichte dargelegt wurde ¹³³, ist es aber auch möglich, dass eine durch die Mangelhaftigkeit eines Werkes verursachte Schädigung zugleich infolge Ueberschreitung des Eigentumsrechts eintritt. Es kann sich also die Frage stellen, welche der beiden Haftungsnormen in einem konkreten Falle anwendbar ist, oder aber, ob eine Klage sich gegebenenfalls auf beide Vorschriften stützen lässt. Hier drängt sich daher eine Abgrenzung der Anwendungsgebiete der beiden Haftungsbestimmungen auf (III.).

¹³¹ Expertenkommission 1902, zu ZGB 679; Rothenhäusler, S. 77 f., insbes. N 220; Blumer, S. 167, 170; § 7 II.

¹³² Vgl. § 2, insbes. N 73.

¹³³ Vgl. § 3 IV. 2.

I. Die Mangelhaftigkeit des Werkes¹³⁴

Die Mangelhaftigkeit in bezug auf die Herstellung oder Unterhaltung des Werkes ist ein objektiver Begriff¹³⁵. Als Kriterium zur Beurteilung dessen, was im Sinne von OR 58 als mangelhaft und was als mangelfrei zu betrachten ist, dient in erster Linie die *Zweckbestimmung des Werks*¹³⁶. Das Gebäude oder andere Werk muss denjenigen Anforderungen gewachsen sein, die dem Zwecke, zu dem es bestimmt ist, entsprechen. Genügt es diesen Erfordernissen nicht, so gilt es als fehlerhaft. Daraus folgt, dass die Mangelhaftigkeit zugleich ein relativer Begriff ist; sie lässt sich nicht absolut, sondern nur konkret beurteilen, unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles¹³⁷. So wird man von einer Strasse erster Klasse einen höheren Grad technischer Vollkommenheit verlangen als von einer Strasse geringerer Ordnung, zum Beispiel einer kleinen Bergstrasse¹³⁸, von der Schleuse einer dörflichen Wasserleitung eine kleinere Widerstandsfähigkeit als von derjenigen einer Hochdruckwasserleitung¹³⁹.

Die Mangelhaftigkeit des Werks kann von Anfang an infolge von dessen fehlerhafter Anlage oder Herstellung bestehen, oder aber erst nachträglich wegen mangelhafter Unterhaltung des Werkes eintreten¹⁴⁰. Die Mängel beziehen sich im konkreten Falle nicht nur auf die Konstruktion als solche und ihre Solidität, sondern auch auf die örtliche oder räumliche Anordnung von Gegenständen¹⁴¹, auf die Stabilität des Fundamentes¹⁴², die Eignung des verwendeten Materials¹⁴³, die Art der Zusammenfügung von Teilen¹⁴⁴, das Funktionieren von Mechanismen¹⁴⁵, die Dimensionen¹⁴⁶, das Vorhandensein genügender

¹³⁴ Vgl. darüber Schärer, S. 81—88; Oftinger, S. 421—435; v. Tuhr-Siegwart, S. 389—392; Becker, zu OR 58 N 8—17; Oser-Schönenberger, zu OR 58 N 7 u. 8; Méan, S. 65 ff.; Funk, zu OR 58 N 4 u. 5; Böckli, S. 109—113; Rothenhäusler, S. 29—34; Jeker, S. 25—37; Blumer, S. 27—34, 110—115; Schoop, S. 36—54.

¹³⁵ Blumer, S. 30; ähnlich Oftinger, S. 427.

¹³⁶ Schärer, S. 81; Oftinger, S. 426 f.; Blumer, S. 30, 110 ff.; ähnlich Rothenhäusler, S. 30.

Vgl. auch SJZ 40, S. 10: «Un ouvrage doit être considéré comme défectueux, au sens de cette disposition légale, si les règles techniques imposées par la fonction que devait remplir l'ouvrage n'ont pas été observées, autrement dit si l'ouvrage n'a pas été construit d'une manière conforme à sa destination.» BGE 59 II 176; 72 II 201; ZBJV 72 S. 749.

¹³⁷ Oftinger, S. 425; Blumer, S. 30.

¹³⁸ BGE 59 II 395; 53 II 316; ZBJV 66, S. 132.

¹³⁹ BGE 61 II 79.

¹⁴⁰ Einfacher lauten der französische und italienische Gesetzestext, welche die Vitiosität mit «vice de construction ou défaut d'entretien», bzw. mit «vizio di costruzione o difetto di manutenzione» umschreiben.

¹⁴¹ BGE 26 II 837 (Telephonstange steht innerhalb einer Strasse).

¹⁴² BGE vom 16. Dez. 1941, näher zit. in § 3 N 166.

¹⁴³ BGE 61 II 79.

¹⁴⁴ BGE 60 II 281 f.

¹⁴⁵ BGE 63 II 146 f.

¹⁴⁶ HE 13 S. 278, zit. nach Oftinger, S. 423.

Sicherheitsvorrichtungen¹⁴⁷ wie auch die notwendige Beaufsichtigung und sorgfältige Unterhaltung des Werkes¹⁴⁸. Als mangelhafte Unterhaltung fällt hiebei nicht bloss die ungenügende Beseitigung der durch den normalen Gebrauch im Laufe der Zeit entstandenen Mängel in Betracht, sondern überhaupt jedes Dulden eines zweckwidrigen, gefährlichen Zustandes des Werks. Selbst wenn die Ursache der Fehlerhaftigkeit in höherer Gewalt oder Drittverschulden liegt, haftet daher der Eigentümer für eintretenden Schaden, sofern er nicht innert angemessener Zeit für Abhilfe sorgt. Dies ist zum Beispiel dann der Fall, wenn eine durch Blitzschlag oder Sturm aufgerissene oder durch unbekannte Dritte beschädigte Mauer längere Zeit nicht repariert wird, so dass sie schliesslich durch ihren Einsturz Schaden stiftet¹⁴⁹. Die mängelfreie Unterhaltung setzt unter Umständen auch die Berücksichtigung von Fortschritten der Technik voraus, indem technisch veraltete Einrichtungen den dringenden Anforderungen der Zeit angepasst werden müssen¹⁵⁰.

Das Werk ist nur mängelfrei, wenn es bei seiner bestimmungsgemässen Benützung die allgemeine Sicherheit nicht gefährdet¹⁵¹. Die daraus fliessende Pflicht des Werkeigentümers, ökonomisch zumuthbare Sicherheitsmassnahmen zu treffen, besteht insbesondere zum Schutze der *Benützer* des Werks. Lässt ein Werk eine gefahrlose Benützung nicht zu, obwohl es möglich wäre, die Gefahren durch geeignete und finanziell tragbare Vorkehren zu beseitigen oder doch zu vermindern, so ist es im Sinne von OR 58 mangelhaft. Eine Milderung erfährt dieser Grundsatz freilich dadurch, dass auch dem Benutzer der Sache eine gewisse Sorgfaltspflicht obliegt, vor allem indem er verpflichtet ist, sein Verhalten den vorgefundenen Verhältnissen anzupassen. Danach muss zum Beispiel ein Automobilist auf einer unbedeutenden, technisch weniger vollkommenen Nebenstrasse entsprechend vermehrte Vorsicht walten lassen als auf einer grossen Ueberlandstrasse¹⁵². Nur wenn auch eine vorsichtige, vorwurfsfreie Benützung die dem Werke immanenten Gefahren nicht zu überwinden vermag, ist dessen Zustand fehlerhaft¹⁵³.

¹⁴⁷ SJZ 16, S. 130; BGE 55 II 196, 199.

¹⁴⁸ BGE 61 II 79. Vgl. darüber insbes. Oftinger, S. 422 f. und zit. Judikatur; Rothenhäusler, S. 30.

¹⁴⁹ Schärer, S. 82 f.; Blumer, S. 32 N 66. Darauf aber, ob der Werkeigentümer überhaupt von dem Mangel Kenntnis hatte, darf es bei OR 58 als einer Kausalhaftung nicht ankommen, vgl. auch Oftinger, S. 423 N 184; A. M. SJZ 35 S. 330.

¹⁵⁰ Statt vieler Schärer, S. 82; Oftinger, S. 428; Rothenhäusler, S. 33; Blumer, S. 32; BGE 41 II 688 (Die Türen eines Liftschachts lassen sich auch öffnen, wenn die Kabine nicht im betr. Stockwerk anhält).

¹⁵¹ BGE 59 II 176, 395; Schärer, S. 81 und Zit.

¹⁵² BGE 59 II 180, 395.

¹⁵³ Vgl. dazu insbesondere Blumer, S. 110 ff.; Oftinger, S. 429 f.

Die Sorgfaltspflicht des Werkeigentümers erstreckt sich aber unter Umständen nicht nur auf den Schutz der Werkbenützer, sondern auch auf diejenigen von *Drittpersonen*. Ueber die Reichweite dieses Schutzes weiterer Kreise besteht jedoch keine einheitliche Meinung. Es entspricht dem Sinn der Haftungsbestimmung, dass die Haftpflicht bei jeglicher Schädigung eines Dritten infolge Mangelhaftigkeit des Werks als solchem gegeben ist. Der Werkeigentümer hat schlechthin für die durch *zweckwidrigen* Zustand des Werks verursachten Schäden aufzukommen. Wie bei der Behandlung des Schadens ausgeführt wurde¹⁵⁴, rechtfertigt sich auch eine Beschränkung der Anwendbarkeit von OR 58 auf Schädigungen von Personen und beweglichen Sachen nicht¹⁵⁵. Die Werkhaftung ist vielmehr grundsätzlich auch bei Schädigungen von Nachbargrundstücken anwendbar¹⁵⁶. Kann der Eigentümer der schädigenden Sache aber auch haftbar gemacht werden, wenn Dritte Schaden erleiden infolge Fehlens von Sicherheitsvorrichtungen, die mit der *Zweckbestimmung* des Werkes in *keinem Zusammenhang* stehen, sondern nur dazu dienen würden, Dritte vor Schädigungen zu bewahren? Das Bundesgericht hat schon Werke, die solcher Schutzvorkehrungen zugunsten Dritter entbehrten, als mangelhaft betrachtet und die Haftpflicht gemäss OR 58 bejaht¹⁵⁷. Diese Auffassung wird namentlich auch von *Oftinger* unterstützt¹⁵⁸. Nach diesem verhält sich die Werkhaftung zu dem allgemeinen Grundsatz, wonach derjenige, der einen gefährlichen Zustand schafft oder unterhält, für die nötigen Schutzmassnahmen zu sorgen hat¹⁵⁹, generell wie folgt: soweit der gefährliche Zustand durch das Vorhandensein eines Werkes erzeugt werde, gehöre die Befolgung dieses Satzes eben zur mängelfreien Anlage oder Unterhaltung des Werkes¹⁶⁰. Mit *Blumer*¹⁶¹ lässt sich freilich fragen, ob eine solche Interpretation des Begriffs der Mangelhaftigkeit nicht über den Rahmen der Werkhaftung hinausgeht. OR 58 begründet doch die Verantwortlichkeit für mängelfreien Zustand des Werks, wobei sich die Fehlerhaftigkeit in erster Linie nach

¹⁵⁴ Vgl. § 6 I.

¹⁵⁵ Entgegen unveröffentl. BGE vom 27. April 1934, i. S. Aufdermaur gegen Schwyz; BGE 61 II 326 und unveröffentl. BGE vom 16. Dez. 1941, i. S. Genossenschaft Friedheim gegen Beckermuss und Glass.

¹⁵⁶ In diesem Sinne BGE 61 II 78 ff.

¹⁵⁷ BGE 60 II 221 ff. (Die Vorrichtung einer Schwebebahn ist gegen die Benutzung durch ungewarnte Dritte nicht geschützt; ein Kinde werden zwischen Rolle und Drahtseil die Finger weggedrückt); 61 II 254 f. (Ein 6½ jähriger Knabe ertrinkt beim Spielen in einem wassergefüllten Graben einer ungesicherten Lehmgrube).

¹⁵⁸ Oftinger, S. 424 f.

¹⁵⁹ BGE 45 II 647; 57 II 167; 64 II 260; Oser-Schönenberger, zu OR 41 N 6; Schärer, S. 13; Oftinger, S. 57, 95, 111 und Zit.; ZBJV 66. S. 132.

¹⁶⁰ Oftinger, S. 424.

¹⁶¹ Blumer, S. 80 f., 113 f.

der Zweckbestimmung des Werks beurteilt¹⁶². Der Eigentümer hat für den unter dem Gesichtspunkt der Zweckbestimmung mängelfreien Zustand der Sache einzustehen. «Die Pflicht aber, an einem gefährlichen Werk Vorkehrungen zur Sicherung des Publikums anzubringen, ist ein Ausfluss der allgemeinen Rechtspflicht, andern nicht Schaden zuzufügen»¹⁶³. In solchen Fällen ist grundsätzlich OR 41 anwendbar. Die Judikatur ist denn auch nicht widerspruchslös; es finden sich auch Entscheide, die sich in diesem Sinne aussprechen¹⁶⁴. Bei den in N 157 zitierten bundesgerichtlichen Entscheiden, da durch eine ungeschützte Lehmgrube und durch die ungesicherte Vorrichtung einer Schwebebahn Schaden verursacht wird, ist freilich zu bedenken, dass hier der Zustand des Werkes auch für dessen Benutzer nicht gefahrlos sein dürfte. Grundsätzlich wird man aber das Fehlen von Sicherheitsvorrichtungen nicht als Werkmangel betrachten dürfen, wenn dadurch nur Personen gefährdet sein können, die mit dem Werk nichts zu tun haben und mit ihm bloss aus Neugierde oder gar nur unter Uebertretung eines Zutrittsverbotes in Berührung kommen¹⁶⁵.

Im weiteren muss für die vielen Einzelfragen, die sich in bezug auf die Mangelhaftigkeit des Werkes erheben, auf die zitierte Literatur¹⁶⁶ verwiesen werden.

*II. Die Ueberschreitung des Grundeigentumsrechts*¹⁶⁷

Die Haftung nach ZGB 679 soll Platz greifen, wenn «ein Grundeigentümer sein Eigentumsrecht überschreitet». Nur falls wirklich eine Ueberschreitung des Eigentumsrechts vorliegt und nicht bloss die Tatsache, dass die Ursache des Schadens im Grundstück liegt¹⁶⁸, ist die Bestimmung anwendbar. Bei dieser Prämisse sind zwei Momente auseinanderzuhalten: die Ausübung des Eigentumsrechts und die Widerrechtlichkeit der Ausübung.

¹⁶² Vgl. die Zitate in N 136.

¹⁶³ Blumer, S. 80.

¹⁶⁴ BGE 25 II 111 f.; 49 II 472 f. (freilich zu weitgehend).

¹⁶⁵ Blumer, S. 114.

Typischer Fall ist das Offenstehenlassen einer Jauchegrube während den Jaucheeentnahmen und den kurzen Zwischenzeiten. Dagegen dürfte Werkmangel angenommen werden, wenn die Jauchegrube, ohne dass sie benutzt wird, stundenlang, vielleicht bis in die Nachtzeit hinein, ungedeckt dasteht. In diesem Falle werden auch die Benutzer selbst gefährdet. Allgemein Werkmangel annehmend Oftinger, S. 440/424 f. und Zit. Vgl. auch Tobler, SJZ 6, S. 61.

¹⁶⁶ Vgl. insbesondere die Zitate in N 134.

¹⁶⁷ Vgl. darüber E. Huber, Erläuterungen, S. 94; Tuor, S. 483 f.; Homberger, S. 194 f.; Homberger u. Marti, Kartotheek Nr. 430; Schärer, S. 125; Oftinger, S. 397 f.; Waldis, S. 29 f.; Rothenhäusler, S. 77—93; Bachmann, S. 35 ff.; Wegmann, S. 10 f.; Blumer, S. 166—181 sowie die Kommentare zu ZGB 679/684 ff.

¹⁶⁸ E. Huber, Erläuterungen, S. 94.

1. Die Ausübung des Eigentumsrechts.

Nach den Erläuterungen¹⁶⁹ wird die Ueberschreitung «stets ein Verhalten in sich schliessen, das wenigstens über das blosse Bestehen des Eigentumsgegenstandes hinausgeht». Wenn auch die Wendung des Gesetzes («überschreitet») auf eine Aktivität hinzuweisen scheint¹⁷⁰, ist es für die Anwendbarkeit von ZGB 679 doch keineswegs erforderlich, dass der Verletzung der dem Eigentumsrecht gesetzten Grenzen ein Tätigsein des Eigentümers zugrundeliegt¹⁷¹. Es kann sich nicht nur um ein Verhalten in positivem Sinne, sondern auch um die Unterlassung der dem Eigentümer obliegenden Pflichten handeln, also wie bei OR 58 auch um fehlerhafte Herstellung oder mangelhafte Unterhaltung¹⁷². Ein Nachweis darüber, dass die Ueberschreitung auf ein menschliches (aktives oder passives) Verhalten zurückzuführen ist, wird aber überhaupt nicht gefordert; vielmehr genügt die Tatsache, dass das Eigentumsrecht überschritten wurde¹⁷³.

Unbestrittenermassen stellt nicht jedes Tun oder Unterlassen auf dem Grundstück schon eine Ausübung des Eigentumsrechts dar. So übt der Grundeigentümer nicht sein Eigentumsrecht aus, wenn er von seinem Grundstück aus Menschen mit Steinen bewirft¹⁷⁴. Es fehlt hier an der inneren Beziehung des Verhaltens zum Grundstück. Der Schaden muss durch die Existenz oder Benutzung des konkreten Grundstückes bedingt sein, er muss «mit oder aus dem Eigentum heraus und mit dessen Hilfe» entstanden sein¹⁷⁵. *Bachmann*¹⁷⁶ definiert die Ausübung des Grundeigentumsrechts als ein menschliches Verhalten, das durch die Zweckbestimmung des Grundstückes bedingt wird. Die Rechtsausübung umfasst jedoch darüber hinaus schlechthin alle dem Rechte entspringenden Befugnisse¹⁷⁷, also auch solche, mit denen sich nicht Zwecke verfolgen lassen, zu welchen das Grundstück bestimmt ist.

¹⁶⁹ E. Huber, a. a. O.; Leemann, zu ZGB 679 N 12.

¹⁷⁰ Vgl. Hauser, S. 22: «ZGB 679 dagegen enthält (im Verhältnis zu OR 58) den umgekehrten Vorgang: Es ist immer ein Tätigwerden, das den Schaden verursacht und den Begriff der Ueberschreitung erklärt.» Nach Hauser kann eine Unterlassung nur sekundär eine Eigentumsüberschreitung bedeuten, dann, wenn durch ein Handeln ein gefährlicher Zustand geschaffen wurde und erst die Unterlassung die Schädigung auslöst (S. 21). Haab, zu ZGB 679 N 5; Bachmann, S. 30 f./136 f.

¹⁷¹ Vgl. § 2 I. a. E.; Blumer, S. 167, 169, 126 f.

¹⁷² Vgl. E. Huber, a. a. O.

¹⁷³ Vgl. § 2 I. a. E.; Blumer, S. 168 f.

¹⁷⁴ ZBJV 71, S. 129; Rothenhäusler, S. 80 f.; Bachmann, S. 29 f.

¹⁷⁵ E. Huber, Erläuterungen, S. 94; Wieland, zu ZGB 679, S. 125; Leemann, zu ZGB 679 N 12; Haab, zu ZGB 679 N 6; Blumer, S. 169; Wegmann, S. 11.

¹⁷⁶ Bachmann, S. 30.

¹⁷⁷ Trüb, S. 103; Blumer, S. 167.

Als Ausübung des Eigentumsrechts kommt allerdings hauptsächlich ein Verhalten in Betracht, das im Rahmen der Zweckbestimmung des Grundstücks liegt. Darunter fällt vor allem die Führung eines Betriebes auf dem Grundstück, gleichgültig, ob dieser einem landwirtschaftlichen, gewerblichen, industriellen, sportlichen oder sozialen, altruistischen Zwecke dient¹⁷⁸, sowie jede zu den Eigentumsbefugnissen gehörende Handlung, wie das Bauen, Graben und Pflanzen¹⁷⁹, aber auch das blosses Halten von Sachen, von Gebäuden und anderen Werken¹⁸⁰, von Pflanzen¹⁸¹ und Tieren¹⁸² auf dem Grundstück. Darüber hinaus übt der Grundeigentümer sein Recht aber auch dann aus, wenn er sein Grundstück unbewirtschaftet und unbenutzt lässt, wenn er es vernachlässigt¹⁸³.

Im Gegensatz zu den Werkschäden, die meist plötzlich durch ein einmaliges Ereignis eintreten, sind die nachbarlichen Schädigungen als Folgen der widerrechtlichen Ausübung des Eigentumsrechts in der Regel auf einen dauernden Zustand oder periodische Erscheinungen auf dem Grundstück zurückzuführen¹⁸⁴.

2. Die Widerrechtlichkeit der Eigentumsausübung.

Der Grundeigentümer haftet nicht für alle nachbarlichen Schädigungen, die infolge der Ausübung des Eigentumsrechts entstehen. Die Grundstücke sind, wie *Bachmann* ausführt¹⁸⁵, nur formell, ideell voneinander abgegrenzt, während sie faktisch die natürlichen Bestandteile eines Ganzen, der Erdoberfläche bleiben. Wegen dieser natürlichen Zusammengehörigkeit sind aber gewisse Einwirkungen von Grundstück zu Grundstück unvermeidlich und müssen gegenseitig geduldet werden, soll nicht die Bewirtschaftungsmöglichkeit in unerträglicher Weise beschränkt werden. Eine Haftung für die nachbarlichen Schädigungen besteht nur, wenn diese *rechtswidrig* sind, das heisst wenn das Eigentumsrecht den Geschädigten nicht zur Duldung der Beeinträchtigung verpflichtet und den Grundeigentümer nicht zum Eingriff in das Nachbargrundstück berechtigt¹⁸⁶. Die Frage, wann die Ausübung des Eigentumsrechts eine widerrechtliche ist und

¹⁷⁸ BGE 42 II 436 ff., 51 II 397, 56 II 355, 58 II 117 f. (Schweinezucht); 40 II 30 ff. (Schlossereibetrieb); 24 II 257 ff.; 28 II 290 (Fabrikbetrieb); 42 II 446 ff. (Heilanstalt). Meist stützte sich die Klage freilich auf ZGB 684.

¹⁷⁹ Trüb, S. 103 f.; Rothenhäusler, S. 82; Bachmann, S. 31.

¹⁸⁰ BGE 61 II 328 (Strasse).

¹⁸¹ SJZ 17, S. 141.

¹⁸² BGE 40 II 26 f. (Tierpark); 45 II 402 ff. (Weiden von Vieh).

¹⁸³ Homberger, ZSR 49 N. F., S. 15a N 32; Homberger u. Marti, Kartothek Nr. 430; Blumer, S. 167.

¹⁸⁴ Oftinger, S. 398; Blumer, S. 170.

¹⁸⁵ Bachmann, S. 15.

¹⁸⁶ Blumer, S. 170.

eine Ueberschreitung im Sinne von ZGB 679 darstellt, beurteilt sich folglich nach denjenigen Rechtsnormen, welche die Eigentumsrechte beschränken und voneinander abgrenzen. Daraus folgt, dass die Eigentumsüberschreitung sich stets auf ein eigentumsrechtliches Verhältnis bezieht; sie setzt nebeneinander bestehende Grundstücke voraus. *Homberger*¹⁸⁷ umschreibt die Eigentumsüberschreitung als die Benutzung des Eigentums in einer die nachbarrechtliche Duldungspflicht überschreitenden Weise, so dass das Eigentum des andern verletzt wird. Weil das grundeigentumsrechtliche Verhältnis fehlt, kann daher niemals eine Ueberschreitung im Sinne von ZGB 679 vorliegen, wenn durch die Eigentumsausübung am Grundstück auf diesem selbst befindliche Dritte oder bewegliche Sachen betroffen werden¹⁸⁸. Hier kann hingegen allenfalls die Werkhaftung anwendbar sein.

In der eingehenden Behandlung, welche die nachbarrechtlichen Verhältnisse im schweizerischen ZGB und in vielen ausländischen Gesetzen gefunden haben, kommt die im Interesse der Allgemeinheit bestehende «soziale Gebundenheit des Grundeigentums»¹⁸⁹ deutlich zum Ausdruck. Wenn diese Gesetze inhaltlich im einzelnen auch sehr verschieden sind¹⁹⁰, so bezwecken sie doch alle dasselbe, eine rücksichtsvolle Rechtsausübung durch die Grundeigentümer.

Es gilt nun, die dem Grundeigentum gesetzten rechtlichen Grenzen zu ermitteln, deren Verletzung eine Eigentumsüberschreitung im Sinne von ZGB 679 darstellt. Für das Grundeigentum werden «die Schranken der Rechtsordnung», innerhalb derer der Eigentümer der Sache nach Belieben über diese verfügen kann (ZGB 641, 1), namentlich durch die nachbarrechtlichen Bestimmungen umschrieben (ZGB 684 ff.). Aus diesen erwachsen dem Grundeigentümer in dreierlei Hinsicht Belastungen; er kann zu einem Unterlassen (ZGB 684, 685, 687), zu einem Dulden (ZGB 689, 690) und sogar zu positiven Leistungen (ZGB 669, 689, 697, 698) verpflichtet werden¹⁹¹. Das Hauptanwendungsgebiet für die Grundeigentümerversantwortlichkeit bildet das Immissionsverbot von ZGB 684; insbesondere bei übermässigen mittelbaren Einwirkungen wird ZGB 679 als Sanktion angerufen¹⁹². Neben diesen im Interesse des nachbarlichen Zusammenlebens bestehenden privatrechtlichen Eigentumsbeschränkungen gibt es aber auch solche öffentlich-rechtlicher Natur (ZGB 702), die zum allgemeinen Wohle aufgestellt sind. Auch deren Ueberschreitung ist widerrechtlich, doch

¹⁸⁷ *Homberger*, S. 194 f.

¹⁸⁸ Vgl. § 3 IV.; *Rothenhäusler*, S. 75 f.; *Blumer*, S. 176 f. Entgegen *Rothenhäusler*, S. 89, liegt aber auch bei Verletzung eines Strassenpassanten von einem Schiessplatz oder einem Steinbruch aus keine Eigentumsüberschreitung vor.

¹⁸⁹ Vgl. darüber *Bachmann*, S. 12 ff., insbes. 16 f.; *Blumer*, S. 133.

¹⁹⁰ Vgl. *Blumer*, S. 122.

¹⁹¹ Vgl. *Tuor*, S. 485; *Homberger*, S. 196 f.

¹⁹² Man beachte nur die überaus reichhaltige Judikatur zu ZGB 684/679.

wird sie auf dem verwaltungsrechtlichen Wege geahndet. Soweit die öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen aber zugleich den Schutz von Privaten bezwecken, steht dem Nachbarn auch gegen die Missachtung dieser Beschränkungen die Klage gemäss ZGB 679 zu ¹⁹³.

Nach herrschender Meinung kann aber nicht nur die Verletzung einer dieser Beschränkungen des Grundeigentums, sondern auch die Missachtung *allgemeiner* Pflichten, die mit dem Eigentum in Zusammenhang stehen, eine Ueberschreitung des Eigentumsrechts bedeuten ¹⁹⁴. Solche Pflichten ergeben sich aus der gesamten Rechtsordnung. Namentlich gilt wie bei der Werkhaftung ¹⁹⁵ auch bei ZGB 679 allgemein der Grundsatz des ungeschriebenen Rechts, dass derjenige, der einen gefährlichen Zustand schafft oder unterhält, für die erforderlichen Sicherheitsmassnahmen zu sorgen hat ¹⁹⁶. Danach überschreitet der Grundeigentümer sein Eigentumsrecht zum Beispiel auch dadurch, dass er gegen die sich langsam entwickelnde Rutschungsgefahr nichts vorgeht ¹⁹⁷ oder dass er bei einem durch Sturm und Wetter übel zugerichteten Baume keine Sicherung trifft, so dass dieser schliesslich durch seinen Sturz dem Nachbarn Schaden zufügt. Die Grundeigentümergeverantwortlichkeit erstreckt sich eben nicht nur auf Verletzungen von Unterlassungs- oder Duldungspflichten, sondern ausnahmsweise auch von Pflichten zu einem positiven Tun ¹⁹⁸.

III. Gegenüberstellung und Abgrenzung von Tatbeständen nach OR 58 und ZGB 679

In den meisten Schadensfällen nach OR 58 und ZGB 679 stellt sich das Problem, die Anwendungsgebiete der beiden Haftungen voneinander abzugrenzen, nicht. Bei den Schädigungen, die auf einen

¹⁹³ Vgl. Wieland, zu ZGB 702, S. 159; Rothenhäusler, S. 85; Blumer, S. 138, 172 f.

¹⁹⁴ Rossel et Mentha, S. 353; Rothenhäusler, S. 85; Blumer, S. 171 f.; ähnlich Bachmann, S. 17.

¹⁹⁵ Bei OR 58 freilich nur im Rahmen der Zweckbestimmung des Werkes; das Fehlen von Massnahmen, die nicht mit dem Werkzweck zusammenhängen, bedeutet keinen Werkmangel (vgl. § 7 I.).

¹⁹⁶ Vgl. die Zitate in N 159; Oftinger, S. 58 N 47.

¹⁹⁷ Beispiel nach Homberger, ZSR 49 N. F., S. 15a N 32; dazu den neuesten BGE 73 II 153.

¹⁹⁸ Vgl. N 191; Homberger u. Marti, Kartothek Nr. 430 III. 1.: «Haftungsbegründend kann aber auch eine Unterlassung sein, sofern dem Grundeigentümer in dieser Eigenschaft bestimmte Pflichten zu einem positiven Tun auferlegt werden, Pflichten, die sich aus der Tatsache des Grundeigentums herleiten.» SJZ 39, Nr. 121, S. 201; BGE 73 II 155.

Zu weitgehend Tobler, SJZ 6, S. 62; A. M. Haab, zu ZGB 679 N 5; Hauser, S. 22; Bachmann, S. 30, 137; Blumer, S. 178 f. Nach diesen Autoren begründet ein rein passives Verhalten des Grundeigentümers nur in den Fällen von OR 41 ff. eine Haftung.

Werkmangel zurückzuführen sind, ist in der Regel nur die Werkhaftung, und bei denjenigen, welche die Folgen einer Eigentumsüberschreitung sind, in der Regel nur die Grundeigentümerhaftung anwendbar. Die Anwendungsgebiete der Werk- und der Grundeigentümerhaftung lassen sich jedoch nicht durchgehend voneinander trennen, vielmehr tangieren sie sich und greifen sogar bei bestimmten Tatbeständen ineinander über¹⁹⁹. Nur wenn die durch ein mangelhaftes Werk erfolgte Schädigung aber zugleich das grundeigentumsrechtliche Verhältnis zwischen Nachbarn verletzt, kann allenfalls auch ZGB 679 angewendet werden und nur dann ist auf nachbarliche Schädigungen gegebenenfalls auch OR 58 anzuwenden, wenn der durch eine Eigentumsüberschreitung verursachte Schaden von einem Werk herrührt und zugleich infolge von dessen Fehlerhaftigkeit entstanden ist. In diesen Fällen drängt sich eine Gegenüberstellung und Abgrenzung der Tatbestände nach OR 58 und ZGB 679 auf.

In den folgenden praktischen und theoretischen Beispielen sollen einige Tatbestände, bei welchen beide Haftungsbestimmungen anwendbar sind, zur Darstellung gelangen und für Grenzfälle die nötigen Unterscheidungsmerkmale gesucht werden:

1. Mehrfach haben sich die Gerichte schon mit Schädigungen zu befassen gehabt, die auf die allzunahe Lage eines Bienenhäuschens an einer Strasse zurückzuführen waren. Entgegen verschiedenen Ansichten²⁰⁰ dürfte in dem die Passanten der Strasse gefährdenden Standort dieses Werks keine Mangelhaftigkeit im Sinne von OR 58 erblickt werden. Das Bienenhäuschen dient seinem bestimmungsgemässen Zwecke, der Bienenzucht; der Schutz weiterer Kreise gehört nicht zum Werkzweck. Nach herrschender Meinung ist der Bienenflug nach ZGB 684/679 zu beurteilen²⁰¹. Danach können dem Grundeigentümer alle übermässigen Einwirkungen auf das Nachbargrundstück verboten werden (ZGB 684, 1). Die Passanten der Strasse könnten sich aber privatrechtlich nur auf OR 41 berufen, weil sie zum Eigentümer des schädigenden Grundstückes in keinem grundeigentumsrechtlichen Verhältnisse stehen.

2. Alle mittelbaren Einwirkungen auf ein nachbarliches Grundstück, die von einem — in bezug auf seinen Zweck — mangelfreien Werk herrühren, sind nach den sachenrechtlichen Bestimmungen zu beurteilen. Dies betrifft vor allem die übermässigen Einwirkungen

¹⁹⁹ Vgl. § 3 IV. 2.

²⁰⁰ Annales 9, Nr. 354; Rothenhäusler, S. 30; Oftinger, S. 437. Verschuldenshaftung annehmend Revue 20, Nr. 10, S. 18 f.; Fick-Morlot, zu OR 58 N 117.

²⁰¹ Vgl. den Aufsatz von Leemann, in SJZ 33, S. 305 ff.; Rothenhäusler, S. 89 und zit. RGE 12, S. 173 ff.; Bachmann, S. 84, 88 f.

durch Rauch oder Russ²⁰², lästige Dünste²⁰³, Lärm²⁰⁴, Erschütterungen²⁰⁵, Wärmezufuhr²⁰⁶, elektrische Ströme²⁰⁷ und dergleichen²⁰⁸. Offen bleibt aber die Frage, ob nicht gegebenenfalls auch OR 58 anwendbar sein kann, sofern diese nachbarlichen Beeinträchtigungen durch einen zweckwidrigen, fehlerhaften Zustand eines Werkes bewirkt werden. Das Bundesgericht hat dazu in einem Falle Stellung bezogen, in dem durch den Betrieb eines Walzwerkes, das nicht genügend fundamentierte und dessen Kammrad in den Zähnen nicht egal gearbeitet war, Erschütterungen entstanden²⁰⁹. Darin erkannte es, dass von einer allfälligen Anwendung der Art. 67 und 68 aOR keine Rede sein könne, soweit in concreto der Fabrikbetrieb und dessen eventuelle Beschränkung in Frage käme. Aus den Voraussetzungen der Werkhaftung werde ohne weiteres klar, dass der Betrieb einer Fabrik an sich mit diesen Gesetzesbestimmungen nichts gemein habe²¹⁰. Soweit sich dagegen das Rechtsbegehren auf *Anlage und Unterhalt* des Fabrik-etablissemments des Beklagten beziehe, könne allerdings die Anwendbarkeit der Werkhaftung nicht von vorneherein in Abrede gestellt werden. Es hätte aber jedenfalls genügt und wäre auch einfacher gewesen, wenn die Vorinstanz auch in diesem Punkte lediglich auf Satzung 380 des (damals geltenden) bernischen Zivilgesetzbuches abgestellt hätte, auf Grund deren ganz zweifellos die ganze im Streite liegende Frage hätte entschieden werden können²¹¹. Im weiteren führte das Bundesgericht aus, dass sich gegen die Anwendbarkeit von

²⁰² BGE 19, S. 263 ff. (Die von der Vorinstanz angerufenen Art. 67 u. 68 aOR treffen nach bundesgerichtl. Auffassung nicht zu, vgl. S. 269); 44 II 33 (Fabrikrauch); ZBJV 53 S. 128 (Hotel).

²⁰³ Pra 14, S. 487 (Benzintankstelle); 42 II 434, 51 II 397, 56 II 355 ff., SJZ 39, Nr. 9, S. 69 f. (Schweinemästereien); ZBJV 83, S. 74 ff. (Entwicklung widerlicher Gerüche durch Verarbeitung und Lagerung von Tierblut, Hefe und Maikäfern).

²⁰⁴ BGE 19, S. 265 (Dampfpfeife); 28 II 287 (Walzwerk); 44 II 30 (Schlosserei); 59 II 132 (Musiklärm); ZBJV 77, S. 515 (Kistenfabrik).

²⁰⁵ BGE 28 II 287 (Walzwerk); ZBJV 79, S. 133 (Sägereibetrieb); 55 S. 94 ff.

²⁰⁶ SJZ 12, Nr. 40, S. 72.

²⁰⁷ Von Bedeutung sind besonders die dadurch verursachten Radiostörungen und Schädigungen an metallischen, in den Boden verlegten Leitungen. Soweit auf elektrische Anlagen nicht Expropriationsrecht anwendbar ist, gelten ZGB 684/679. Vgl. Oftinger, S. 770 f.; Buser, Radierecht, in ZSR 51, S. 165 ff.; H. Cohn, Der privatrechtliche Schutz gegen Störungen des Radioempfanges durch elektrische Apparate, Diss. Basel 1934; Zurbrügg, Die Radiostörungen als Rechtsproblem, Diss. Bern 1939; Madöry, S. 33 ff.

²⁰⁸ Vgl. über die Immissionen Madöry, Immissionen, Diss. Basel 1935; Waldis, S. 27 ff.; Bachmann, S. 85 ff. und Zit.

²⁰⁹ BGE 28 II 288 ff. (= ZBJV 39, S. 190 ff.). Ein ähnlicher Tatbestand findet sich in ZBJV 79, S. 133; ein Sägereibetrieb verursachte infolge ungenügender Fundamentierung Erschütterungen. Im Falle ZBJV 54, S. 24 waren die üblen Dünste auf eine defekte und primitivsten hygienischen Anforderungen nicht genügende Abortanlage zurückzuführen.

²¹⁰ BGE 28 II 291.

²¹¹ a. a. O. S. 292.

aOR 68 freilich insofern Bedenken erheben würden, als die Erschütterungen, die durch das Walzwerk verursacht werden, nicht eine Folge des Werkes als solchem seien, sondern nur der Inbetriebsetzung desselben. Da könne es fraglich erscheinen, ob auch eine derartige, nicht unmittelbar vom Werke selbst, sondern von dessen Benützung drohende Gefahr unter aOR 68 falle. Das Bundesgericht zerstreute jedoch diese Bedenken mit dem Hinweis auf BGE 16, S. 815, in welchem Falle ein Zeigerstand einer Schiessanlage von einem Gewehrgeschoss durchschlagen wurde, und erklärte die Werkhaftung anwendbar, soweit die drohenden Erschütterungen eine Folge der fehlerhaften Herstellung des Werks waren. Die Zweckbestimmung eines derartigen Werkes sei eben die Inbetriebsetzung, nur im Betriebe erfülle es seine Aufgabe²¹². Zu bedenken bleibt hier aber, dass ZGB 684 dem Grundeigentümer nicht alle Erschütterungen untersagt, der Nachbar vielmehr nach herrschender Meinung sogar schädliche Immissionen zu dulden hat²¹³ und nur übermässige verbieten kann. Dadurch aber, dass sich im konkreten Fall die Widerrechtlichkeit der Immission doch nach Sachenrecht beurteilt, verliert hier die Werkhaftung ihre Bedeutung.

3. Mehrmals entstanden schon Schädigungen durch giftige Pflanzen, die sich an zugänglicher Stelle befanden. In Betracht fällt hier vor allem der Tatbestand, da Pferde von am Strassenrande befindlichen Eibensträuchern fressen und an den zugezogenen Vergiftungen eingehen²¹⁴. Obwohl eine Gartenanlage als solche ein Werk darstellt, ist die Werkhaftung in derartigen Fällen dennoch grundsätzlich nicht anwendbar, weil das Werk seinem bestimmungsgemässen Zwecke genügt. Anders liegt der Fall hingegen, wenn bei einer Wirtschaft eine Eibenhecke derart in der Nähe einer Anbindevorrichtung für Tiere steht, dass auch angebundene Tiere die Eibensträucher erlangen können²¹⁵. Hier kann gegebenenfalls die Anbindevorrichtung durch ihre Nähe zu den giftigen Pflanzen als mangelhaftes Werk erscheinen. Im vorliegenden Fall stellt sich aber auch die Frage, ob nicht das Anpflanzen und Halten von giftigen Sträuchern eine widerrechtliche Eigentumsausübung bedeutet. Da ja nach herrschender Auffassung eine Widerrechtlichkeit nicht nur in der Verletzung einer entsprechenden Polizeivorschrift liegt, sondern auch in derjenigen des allgemeinen Gebotes, dass derjenige, der einen für Dritte gefährlichen Zustand setzt, auch für die erforderlichen Schutzmassregeln zu sorgen hat, lässt sich eine Schadenersatzpflicht allenfalls nach ZGB 679 beurteilen. Hier ist dann im einzelnen Falle zu untersuchen, ob es sich um eine Schädigung

²¹² a. a. O. S. 294/295.

²¹³ Bachmann, S. 97 und Zit.

²¹⁴ Vgl. SJZ 17, S. 141 f.; 28 S. 283 ff. (= ZBJV 69, S. 39 ff.); 29 S. 14.

²¹⁵ SJZ 29, S. 14. In casu hatte aber der Pferdehalter sein Pferd gar nicht angebunden.

handelt, mit der nach der Erfahrung des täglichen Lebens ernstlich zu rechnen war oder nicht²¹⁶. Nur die Nachbarn könnten sich aber auf die Grundeigentümerhaftung berufen, nicht dagegen beliebige Strassenbenützer, da diese zum Eigentümer des schädigenden Grundstücks in keinem grundeigentumsrechtlichen Verhältnisse stehen. Falls jedoch der Grundeigentümer mit dem Eintritt des Schadens rechnen musste und die Eiben trotzdem gepflanzt oder nicht beseitigt hat, um Dritte vor Schaden zu bewahren, kann auch die Verschuldenshaftung nach OR 41 genügen²¹⁷.

4. Entgegen BGE 40 II 221 ist auf Schädigungen, die durch Schuttablagerungen an einem Seeufer (im Wasser) verursacht werden, nicht die Werkhaftung anwendbar. Diese Aufschüttungen fallen nicht unter den Werkbegriff, da die üblichen Voraussetzungen, die von der Praxis gefordert werden, um den Erdboden als Werk betrachten zu können²¹⁸, nicht gegeben sind. Dagegen ergibt sich unter Umständen eine Haftpflicht gemäss ZGB 679/684²¹⁹. Wird aber die schädigende Tätigkeit nicht auf dem eigenen Grundstück vorgenommen, so ist auch die Grundeigentümerhaftung unanwendbar²²⁰.

5. Weil die Anwendbarkeit von ZGB 679 stets eine Verletzung des grundeigentumsrechtlichen Verhältnisses zwischen Nachbarn voraussetzt, kann die Grundeigentümerhaftung beim «Angraben des Untergrundes einer kraft nachbarrechtlicher, Dienstbarkeits- oder anderer Befugnis auf dem *eigenen* Grundstück durchgeführten Leitung» nicht angewendet werden²²¹. Der Geschädigte hat hier vielmehr aus dem betreffenden Rechte zu klagen²²². Wird die Leitung dadurch beschädigt, dass bei Kanalisationsarbeiten die Spriessung nicht dicht hält, so dass Bodensenkungen und -verschiebungen entstehen, fällt auch die Werkhaftung in Betracht.

6. Ist eine nachbarliche Schädigung auf einen eigentlichen, plötzlichen Defekt eines Werkes zurückzuführen, so ist nur die Werkhaftung anwendbar. Dies trifft zum Beispiel dann zu, wenn unerwartet ein Kamin zusammenstürzt oder eine Wasserleitung bricht²²³. Hier

²¹⁶ Im Urteil SJZ 17, S. 141, wurde die Klage auch nach ZGB 679 abgewiesen, weil im dortigen Fall nicht mit einer ernsthaften Gefährdung gerechnet werden musste. Entgegen den Ausführungen des Appellationshofes des Kts. Baselstadt war der Geschädigte überhaupt nicht zur Klage aus ZGB 679 legitimiert. Mit einer ernstlichen Gefahr war hingegen in den Fällen von SJZ 28, S. 283 ff. und 29, S. 14, zu rechnen.

²¹⁷ Haftung nach OR 41 bejaht in den Urteilen SJZ 28, S. 283 ff. und 29, S. 14.

²¹⁸ Vgl. § 5 III. 4.

²¹⁹ Otfinger, S. 437.

²²⁰ ZBJV 71, S. 129.

²²¹ A. M. BGE 70 II 93 (= Pra 33, Nr. 112, S. 271 f.). Obige Auszeichnung vom Verfasser.

²²² Vgl. besonders ZGB 737, 3.

²²³ BGE 61 II 78 ff.; Blumer, S. 215.

kann sich der geschädigte Nachbar nicht auf ZGB 679 berufen, denn die Ursache der Schädigung, der Zustand des Werkes, dient selbst den Zwecken seines Eigentümers nicht und widerspricht auch dessen Willen. Waren hingegen das Kamin oder die Wasserleitung bereits vor dem Schadensergebnis beschädigt und infolgedessen Schädigungen nach den Lebenserfahrungen ernsthaft zu befürchten, so haftet der Grundeigentümer auch gemäss ZGB 679, wenn er gegen die drohende Gefahr nichts vorkehrte, sie gegenteils in Kauf nahm ²²⁴. Letzternfalls genügt meistens aber auch schon die Verschuldenshaftung.

7. Gemäss ZGB 685 darf der Grundeigentümer bei Grabungen und Bauten die nachbarlichen Grundstücke nicht dadurch schädigen, «dass er ihr Erdreich in Bewegung bringt oder gefährdet oder vorhandene Einrichtungen beeinträchtigt.» Beutet er zum Beispiel eine Lehmgrube, einen Steinbruch oder ein Bergwerk rücksichtslos aus, so dass dem Nachbarn Schaden entsteht, kommt ZGB 679 zur Anwendung ²²⁵. Erfolgt die nachbarliche Schädigung hingegen infolge ungenügender Spriessung von Gräben, so sind ZGB 679 und OR 58 anwendbar (vgl. Ziff. 5). Während im ersten Falle der Zustand des Werkes den Zwecken des Eigentümers genügt, dieser nur hinsichtlich der Nachbarn als fehlerhaft erscheint, liegt bei der ungenügenden Spriessung eine absolute Fehlerhaftigkeit vor. Hier dient die Grube den Anforderungen des Werkeigentümers selbst nicht, daher ist auch die Haftung nach OR 58 gegeben. Verunglückt ein Knabe in einer ungesicherten Lehmgrube, so ist nur die Werkhaftung ²²⁶ und diese meines Erachtens nur unter der Voraussetzung anwendbar, dass das Fehlen der Schutzvorrichtungen auch eine Gefährdung der Benützer des Werks darstellt ²²⁷.

8. Selbstverständlich können sich die Strassenbenützer, die infolge mangelhafter Anlage der Strasse Schaden erleiden, auf die Werkhaf-

²²⁴ Darauf, ob der Grundeigentümer im konkreten Fall die Gefahr wirklich erkannte, kann es aber bei ZGB 679 als einer Kausalhaftung nicht ankommen. Es genügt, wenn der Grundeigentümer bei Anwendung der nötigen Aufmerksamkeit die drohende Gefahr erkennen konnte. Dies entspricht hingegen bereits dem objektivierten Verschuldensbegriff, vgl. § 1 II.

²²⁵ Wieland, zu ZGB 679, S. 125; Waldis, S. 56 ff.; vgl. dagegen BGE 32 II 557 (= Revue 25, Nr. 4; SJZ 3, Nr. 602, S. 186): «Wenn vom Standpunkt des (damals noch kantonalen) Sachenrechts und speziell des Nachbarrechts das Ausbeuten einer Lehmgrube auf dem eigenen Grund und Boden, unbekümmert um eine allfällig dadurch bewirkte Beeinträchtigung von Nachbargrundstücken, als durch den Begriff des Grundeigentums gedeckt erklärt wird, so kann diese Handlung, als eine innert den Grenzen der Eigentumsrechte ausgeübte, nicht durch das OR trotzdem als eine widerrechtliche und daher zu Schadenersatz verpflichtende betrachtet werden.» Hauser, S. 23 f.; ZBJV 66, S. 17 (Haftung nach CCS 679 et 685 bejaht bei nachbarlichen Schädigungen durch Kanalisationsarbeiten).

²²⁶ BGE 61 II 254 f. (Hier würde freilich auch schon der Tatbestand von OR 41 vorliegen, da trotz Erkennbarkeit der geschaffenen Gefahr keine Schutzmassnahmen getroffen wurden.)

²²⁷ Vgl. vorne, S. 74 f.

tung berufen²²⁸. Werden durch die Benutzung einer unter dem Gesichtspunkt ihrer Zweckbestimmung mangelfreien Strasse Nachbarn geschädigt, so ist die Grundeigentümerhaftung anwendbar, soweit nicht Expropriationsrecht Platz greift. Sind die nachbarlichen Schädigungen jedoch nicht nur die mit der Zweckverfolgung notwendig gegebenen Folgen, sondern beruhen sie auf einem Mangel des Werks, zum Beispiel auf Vertiefungen im Strassenbelag, in denen sich schmutziges Wasser ansammeln kann, so ist neben ZGB 679 auch OR 58 anwendbar²²⁹. Nicht als Werkmangel anzusehen ist der Umstand, dass eine Strasse bei einem Hause eine leichte S-Kurve beschreibt und sich infolge der ungünstigen Stellung des Hauses etwas verengert, was beides zur vermehrten Belästigung der Nachbarn durch den Automobilverkehr führt, wenn auch die getroffene Lösung zwar nicht ideal zu nennen, aber doch insoweit technisch richtig ausgeführt ist²³⁰.

9. Die Werkhaftung ist auch anwendbar, wenn nachbarliche Grundstücke durch Regen- und Schneewasser, das infolge mangelhafter Strassenanlage auf diese abläuft, geschädigt werden²³¹. Da diese Beeinträchtigungen die Folgen der Art und Weise der Strassenanlage sind, die vom Schädiger «in Ausübung seiner Befugnisse als Eigentümer so angeordnet worden ist»²³², besteht dessen Haftpflicht aber auch gemäss ZGB 679. Die Schädigung einer benachbarten Liegenschaft durch die fehlerhafte Herstellung der Strasse bedeutet, wie das Bundesgericht ausführt²³³, eine widerrechtliche Ausübung des Eigentumsrechts. Der Spezialtatbestand von ZGB 689, welcher den Grundeigentümer verpflichtet, das vom oberhalb liegenden Grundstück natürlicherweise abfliessende Wasser aufzunehmen, trifft hier deshalb nicht zu, «weil dieser sich im Verhältnis zwischen einer Strasse und den Nachbargrundstücken nur auf jenes Wasser beziehen kann, das bei technisch richtiger und mängelfreier Ausführung der Strasse von dieser abfließt, nicht dagegen auf den Wasserabfluss zufolge eines Mangels in der Herstellung»²³⁴.

10. Werk- und Grundeigentümerhaftung sind auch gegeben, wenn nachbarliche Schädigungen darauf zurückzuführen sind, dass bei

²²⁸ BGE 45 II 333 f.; 26 II 837; 56 II 92 f.; 59 II 168 f.

²²⁹ A. M. Blumer, S. 117. In BGE 61 II 326 wurde die Anwendbarkeit der Werkhaftung auf Schädigungen von benachbarten Grundstücken schlechthin verneint. Vgl. die Kritik, S. 49, 68 f.

²³⁰ BGE 61 II 328.

²³¹ A. M. BGE 61 II 328, vgl. N 229; Blumer, S. 215.

²³² BGE 61 II 328.

²³³ a. a. O.

²³⁴ BGE 61 II 329. Bejaht wurde die Duldungspflicht der Grundeigentümer in Entscheid SJZ 20, Nr. 50, S. 248. Vgl. auch Bachmann, S. 54 ff.

einem privaten Kanal Wasser durch die Wände sickert²³⁵ oder über diese hinausläuft²³⁶, nachdem starke Regengüsse, mit welchen aber immerhin zu rechnen ist, ein rapides Ansteigen der Wassermenge zur Folge hatten. Das Werk erfüllt hier seinen Zweck nur teilweise, grösseren, aber doch vorhersehbaren Anforderungen genügt es nicht (vgl. Ziff. 6).

11. In einem neueren Falle wurde die Anwendbarkeit der Werk- und der Grundeigentümerhaftung auf folgenden Tatbestand geprüft: Infolge ungenügender Foundation eines Hauses senkten sich die Fundamente, wodurch Risse an der Fassadenmauer gegen die Brandmauer und an der Brandmauer des Nachbargebäudes entstanden. Während das Bundesgericht²³⁷ mit der Begründung, dass dem Eigentümer eines Grundstückes gegen Einwirkungen von der Nachbarliegenschaft nur die sachenrechtlichen Bestimmungen des ZGB zur Verfügung ständen, allein ZGB 679 anwendbar erklärte²³⁸, hat das Obergericht Zürich — unseres Erachtens mit Recht — im wesentlichen in Bestätigung des bezirksgerichtlichen Urteils die Klage gestützt auf OR 58/59 und ZGB 679 gutgeheissen²³⁹. Eine Beschränkung der Anwendbarkeit der Werkhaftung bloss auf Schädigungen von beweglichen Sachen und Personen rechtfertigt sich, wie bei der Behandlung des Schadens dargetan wurde²⁴⁰, nicht. Hinsichtlich der Grundeigentümerhaftung führte das Bundesgericht aus²⁴¹, die erwiesene Schädigung und Gefährdung der klägerischen Liegenschaft durch das Haus der Beklagten erscheine, gleichgültig, ob dessen Anlage fehlerhaft sei oder nicht, als Ueberschreitung des Eigentumsrechts im Sinne des Art. 679 ZGB, denn sie verstosse gegen ZGB 685, 1. Der Umstand, dass der Beklagte das mangelhafte Haus nicht selbst erstellt, sondern erst nach der Fertigstellung erworben habe, stehe der Anwendung von ZGB 679 und 685 nicht entgegen. Wörtlich stellte das Bundesgericht des weitern fest: «Eine Eigentumsüberschreitung ist nicht nur in der Erstellung des ungenügend fundierten, das Nachbargrundstück gefährdenden Hauses zu erblicken, sondern weiterhin auch darin, dass die Beklagte den dadurch geschaffenen rechtswidrigen Zustand duldete und es unterliess,

²³⁵ BGE 40 II 222 f.; Oftinger, S. 440.

²³⁶ Revue 7, Nr. 71, S. 102 f. (nach aOR 67 beurteilt). Vgl. auch SJZ 40, Nr. 2, S. 10, in welchem Urteil nur OR 58 anwendbar erklärt wird: «En construisant une canalisation souterraine précédée d'un sac-dépotoir et munie d'une crépine, B. n'a pas excédé son droit de propriétaire foncier au détriment de la propriété de P.»

²³⁷ Unveröffentl. BGE vom 16. Dez. 1941, i. S. Genossenschaft Friedheim gegen Beckermuss und Glass.

²³⁸ a. a. O. S. 4. Unrichtigerweise hiess es bei der Besprechung dieses Entscheides in der NZZ 1942, Nr. 68, auch das BGer habe die Anwendbarkeit von OR 58 und ZGB 679 bejaht.

²³⁹ a. a. O. S. 3.

²⁴⁰ Vgl. vorne, S. 68 f. und 49.

²⁴¹ a. a. O. S. 4/5.

diejenigen Sicherheitsmassnahmen vorzukehren, die notwendig waren, um die auf das Nachbargrundstück übergreifende Bewegung ihres Hauses zu verhindern.»

Aus den angeführten Beispielen erhellt, dass das wesentliche Kriterium, das eine Abgrenzung der Anwendungsgebiete von OR 58/59 und ZGB 679 ermöglicht, im *Zwecke* liegt. Gehen nachbarliche Schädigungen von Gebäuden oder anderen Werken aus, so ist die Werkhaftung nur anwendbar, wenn die Werke den Anforderungen, die ihr Zweck an sie stellt, nicht entsprechen (vgl. Ziff. 1—3, 5, 7, 8, 10; § 7 I.). Genügt hingegen der Zustand eines Werkes den Zwecken seines Eigentümers, kann auf Schädigungen benachbarter Grundstücke nur die Grundeigentümerhaftung angewendet werden. Auf dieses Kriterium gründet sich auch *Blumers* Unterscheidung zwischen *absoluter* und *relativer* Fehlerhaftigkeit eines Werkes²⁴². Ihrer Auffassung entsprechend, dass derselbe Tatbestand niemals gleichzeitig beide Gesetzesstellen erfüllen könne, erklärt die Autorin bei der absoluten Fehlerhaftigkeit, welche sich meist in der Weise äussere, dass sie gegen den Willen oder das Wissen des Eigentümers selbst bestehe und jedenfalls nicht in seinem Interesse liege, ausschliesslich OR 58, und bei der relativen Fehlerhaftigkeit, bei der das Werk stets nur in bezug auf die Nachbargrundstücke mangelhaft sei, dem Zweck der Grundstücksbenützung dagegen nicht widerspreche, nur ZGB 679 anwendbar. Letzternfalls kann die Werkhaftung tatsächlich nicht zur Anwendung gelangen, weil hier das Werk gar nicht im Sinne von OR 58 mangelhaft ist, somit eine Haftungsvoraussetzung fehlt. Hingegen ist es bei der absoluten Fehlerhaftigkeit eines Werkes möglich, dass eine dadurch entstehende nachbarliche Schädigung zugleich eine Ueberschreitung des Eigentumsrechts darstellt, infolgedessen neben der Werkhaftung auch die Grundeigentümerhaftung angewendet werden kann (vgl. Ziff. 2, 3, 6—11; § 7 II.). Selten liegt die Schadensursache in einem Mangel, der das Werk *gänzlich* unbrauchbar macht; vielmehr erfüllt das Werk in der Regel seinen Zweck trotz der Mangelhaftigkeit, aber es genügt den gestellten Anforderungen nur teilweise. Zugleich mit der Werkhaftung ist die Grundeigentümerhaftung in denjenigen Fällen anwendbar, in welchen ein im Sinne von OR 58 mangelhaftes Werk vom Eigentümer benützt, bzw. weiterbenützt wird, obwohl es seinen Zweck nicht in jeder Hinsicht zu erfüllen vermag, oder doch pflichtwidrig im mangelhaften Zustand belassen wird, so dass die benachbarten Grundstücke geschädigt oder mit Schaden bedroht werden (vgl. Ziff. 6—8, 10, 11). Der Mangel des Werkes ist hier ein absoluter — das Werk genügt seinem bestimmungsgemässen Zwecke nicht — und zugleich ein relativer,

²⁴² *Blumer*, S. 215; § 3 IV. 2. a. E.

weil er in den Nachbarliegenschaften Schaden verursacht oder drohende Gefahren schafft. So können OR 58/59 und ZGB 679 zum Beispiel auch anwendbar sein, wenn auf einem Grundstück eine explosionsgefährliche Anlage betrieben wird und die Explosionsgefahr auf mangelnde Sicherheitsvorrichtungen zurückzuführen ist. Der Pas-sant, der regelmässige wenigstens, kann sichernde Massregeln nach OR 59 verlangen, der Nachbar kann nach ZGB 679 die Einstellung des Betriebes fordern oder schon die Erstellung der Anlage und die Aufnahme des Betriebes verhindern, wenn eine besondere Gefährdung mit grosser Wahrscheinlichkeit eintreten wird, wenn das Projekt erkennen lässt, dass es den gebotenen Anforderungen an die Sicherheit nicht entspricht. Dass der Nachbar aber auch auf Grund von OR 59 vorgehen kann, ist selbstverständlich. Kaum zweifelhaft dürfte auch sein, dass eine Anlage, der erforderliche Sicherheitsvorrichtungen fehlen, einen absoluten Mangel im Sinne von OR 58 aufweist und ihr Betrieb für die gefährdeten Nachbargrundstücke zugleich eine Ueberschreitung des Eigentumsrechts im Sinne von ZGB 679 bedeutet.

§ 8. Die Entlastungsgründe

1. Höhere Gewalt, Selbst- und Drittverschulden

Der Eigentümer eines Werks oder Grundstücks kann sich von der Haftpflicht gemäss OR 58, bzw. ZGB 679 befreien, wenn ihm der Nachweis eines sogenannten Entlastungsgrundes gelingt. In diesem Falle erscheint, wie in § 6 II. ausgeführt wurde, der Kausalzusammenhang unterbrochen, weil fremde Ursachen, für die Werk- und Grundeigentümer nicht einzustehen haben, die Schädigung herbeiführten. Für beide Haftungen gelten die drei Entlastungsgründe der höheren Gewalt²⁴³, des Selbst-²⁴⁴ und Drittverschuldens²⁴⁵,²⁴⁶. Als höhere Gewalt, welcher Begriff in der Regel auch auf den — bloss die geringere Intensität aufweisenden²⁴⁷ — äusseren Zufall ausgedehnt wird²⁴⁸,

²⁴³ Vgl. zu OR 58: BGE 49 II 266; zu ZGB 679: BGE 38 II 100.

²⁴⁴ Vgl. zu OR 58: BGE 29 II 692; 31 II 207; 41 II 226; 60 II 224; 64 II 199; 69 II 399 f.; ZBJV 56, S. 456.

²⁴⁵ Vgl. zu OR 58: BGE 29 II 692; 35 II 245; 60 II 224.

²⁴⁶ Vgl. darüber Oftinger, S. 85—90, 445; Schärer, S. 88, 89; Oser-Schönenberger, zu OR 58 N 10; Becker, zu OR 58 N 19; Fick-Morlot, zu OR 58 N 76 ff.; Wieland, zu ZGB 679, S. 125 f.; Leemann, zu ZGB 679 N 15 ff.; Schnyder v. Wartensee, S. 62 ff.; Stark, S. 104 ff.

²⁴⁷ Giovanoli, ZSR 54 N. F., S. 44.

²⁴⁸ Im Gegensatz zum sog. inneren, als Betriebsfolge erscheinenden Zufall, der nicht haftungsausschliessend wirkt.

gilt ein unvorhersehbares, aussergewöhnliches Ereignis, das von aussen her mit unabwendbarer Gewalt hereinbricht ²⁴⁹.

Dem Selbstverschulden kommt insbesondere bei der Werkhaftung Bedeutung zu, wo sehr oft der unvollkommene Werkzustand die Benutzer und unter Umständen ein weiteres Publikum zu erhöhter Vorsicht veranlassen sollte ²⁵⁰, so dass ein die vorgefundenen Verhältnisse nicht beachtendes Verhalten gegebenenfalls auf ein Selbstverschulden schliessen lässt. Unter diesem Gesichtspunkt ist auch die Bedeutung einer Warnung zu beurteilen; die Missachtung eines auf eine Gefahr aufmerksam machenden Anschlags bedeutet allenfalls auch ein Selbstverschulden.

Ein Drittverschulden schliesst endlich die Haftung nur aus, wenn es allein den Schaden herbeizuführen imstande war. Bewirkte es die Schädigung hingegen nur im Zusammenwirken mit dem mangelhaften Zustand des Werks, bzw. einer Ueberschreitung des Eigentumsrechts, besteht die Haftpflicht. So hat das Obergericht des Kantons Zürich erkannt ²⁵¹, dass der Werkeigentümer für den infolge fehlerhaften Zustandes einer Wasserleitung entstandenen Schaden hafte, auch wenn noch die Tätigkeit eines Dritten zum Eintritt des Schadens mitwirkte, sofern sie allein nicht geeignet gewesen wäre, im ordentlichen Laufe der Dinge eine schädigende Wirkung hervorzubringen.

II. Die Wegbedingung der Haftung

Anhangsweise soll hier auch die Frage nach dem vertraglichen Ausschluss der Haftung untersucht werden. Können Werk- und Grundeigentümer sich zum voraus durch entsprechende Vereinbarungen von der strengen Haftung gemäss OR 58 und ZGB 679 befreien? Diese Frage wird für die Werkhaftung in der Literatur verschieden beantwortet. Einige Autoren bejahen sie schlechthin ²⁵², andere beschränken die Zulässigkeit einer derartigen Abmachung auf Vermögensscha-

²⁴⁹ Guhl, S. 169; Oftinger, S. 86 und dortige Zitate; Giovanoli, ZSR 54 N. F., S. 1 ff.; Schärer, S. 88.

Höhere Gewalt sind z. B. Blitzschlag, Sturm, Ueberschwemmung.

²⁵⁰ Vgl. vorne, S. 73.

²⁵¹ Vgl. SJZ 21, Nr. 139, S. 157. Vgl. auch die Urteile ZBJV 80, S. 536, und BGE 69 II 394, in denen ausgeführt wird, der Eigentümer eines Werks habe für jeden Zustand mangelhafter Unterhaltung einzustehen, selbst wenn er den (von Dritten herbeigeführten) Mangel auch bei pflichtgemässer Sorgfalt nicht entdecken und beseitigen konnte.

²⁵² v. Tuhr-Sieewart, S. 392; Oftinger, S. 345 ff.; Becker, zu OR 58 N 28; vgl. ferner unpubliz. BGE vom 7. Febr. 1933, i. S. Buchwalder c. Société immobilière chemin Furet, resümiert in BGE 60 II 345 und zitiert bei Däppen, S. 156; Semjud 65 S. 619 (= SJZ 41, Nr. 62 S. 107).

den²⁵³ und wieder andere schliessen eine solche überhaupt aus²⁵⁴. Während nämlich einige Spezialgesetze, das EHG (Art. 16), das ELG (Art. 39) und das MFG (Art. 43, 1) nach dem Vorbilde des FHG (Art. 10) übereinstimmend haftungsausschliessende oder -beschränkende Vereinbarungen ungültig erklären, bestehen für die übrigen Haftpflichtarten keine entsprechenden Bestimmungen. Im Sinne der Analogie lassen sich vielleicht die Vorschriften von OR 100/101 heranziehen, welche die Wegbedingung der Haftung aus Vertragsverletzung regeln. Diese gestatten in beschränktem Umfange eine vertragliche Wegbedingung der Haftung, ohne Rücksicht darauf, ob es sich um Personen- oder Sachschaden handelt²⁵⁵. Zu beachten sind namentlich aber die Beschränkungen gemäss ZGB 27, 2²⁵⁶ und OR 20. So stünde es, wie *Becker* ausführt²⁵⁷, als Verstoß gegen die guten Sitten mit OR 20 in Widerspruch, wenn ein Arbeitgeber seine wirtschaftliche Uebermacht dazu missbrauchen würde, um im Dienstvertrag gegenüber Leuten, die auf ihn angewiesen sind, die Haftung für Mängel des Arbeitsplatzes oder von Maschinen auszuschliessen. Innerhalb dieser Beschränkungen kann aber grundsätzlich auf die Ansprüche aus Werkhaftung zum voraus verzichtet werden²⁵⁸.

Dass die Haftung gemäss ZGB 679 durch Vertrag ausgeschlossen werden kann, geht aus dem Gesetz klar hervor. Die die Eigentumsrechte voneinander abgrenzenden Normen, deren Verletzung eine Ueberschreitung im Sinne von ZGB 679 darstellt, bestehen insbesondere im Nachbarrecht. Dieses aber lässt sich, seiner dispositiven Natur gemäss, zweifellos rechtsgeschäftlich abändern²⁵⁹. Es steht im Belieben des Grundeigentümers, nachbarrechtlich untersagte Einwirkungen zu dulden und sich auch zu deren Duldung zu verpflichten. Soll einer derartigen Vereinbarung dingliche Wirkung zukommen, so bedarf sie nach ZGB 680, 2 der öffentlichen Beurkundung und des Grundbucheintrages. Ausgeschlossen ist gemäss ZGB 680, 3 die Aufhebung oder Abänderung von Eigentumsbeschränkungen des öffentlichen Rechts,

²⁵³ Oser-Schönenberger, zu OR 58 N 17; Böckli, S. 54 f.; Rothenhäusler, S. 62 f.

²⁵⁴ Blumer, S. 49.

²⁵⁵ Oftinger, S. 345.

²⁵⁶ Daraus leiten Oser-Schönenberger die Beschränkung der Verzichtbarkeit auf Vermögensschaden ab. Nach diesen kann ein Verzicht auf die Ansprüche aus Tötung oder Körperverletzung vor dem Verbot der übermässigen Beschränkung der persönlichen Freiheit nicht Bestand haben. Aus ZGB 27, 2 lässt sich jedoch nur im konkreten Fall und nicht generell eine solche Beschränkung der Verzichtbarkeit auf Ansprüche aus Kausalhaftung ableiten. Es bedarf stets einer Interessenabwägung im Einzelfall, vgl. Tuor, S. 72.

²⁵⁷ Becker, zu OR 58 N 28.

²⁵⁸ Vgl. insbesondere den Entscheid des Cour de justice, Genève, vom 7. Mai 1943, in Semjud 65 S. 619 (= SJZ 41, Nr. 62, S. 107).

²⁵⁹ Tuor, S. 481 ff., 523; Homberger, S. 195 f., 205; Bachmann, S. 20 f.; Blumer, S. 198 f.; Kommentare zu ZGB 680.

die zum allgemeinen Wohle aufgestellt sind ²⁹⁰. Die aus dem Verstoss gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften sich ergebende *Rechtswidrigkeit* kann nicht durch Vertrag ausgeschlossen werden. Selbstverständlich kann aber der Nachbar zum voraus auf jeden privatrechtlichen Anspruch aus ZGB 679 verzichten, gleich wie wenn die Widerrechtlichkeit in einem Verstoss gegen privatrechtliche Vorschriften bestehen würde. Während die Vereinbarungen nach ZGB 680, 2 aber *jede* Widerrechtlichkeit des ihnen entsprechenden Verhaltens ausschliessen, bleibt hier das schädigende Verhalten unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Rechts gleichwohl widerrechtlich und kann geahndet werden (Verwaltungszwang, Strafe).

Schon daraus aber, dass sich die Haftung nach ZGB 679 wegbedingen lässt, ist zu schliessen, dass auch ein Verzicht auf die Ansprüche aus Werkhaftung nicht allgemein unverbindlich erklärt werden kann. Andernfalls ergäbe sich in Schadensfällen, welche die Voraussetzungen von OR 58 und ZGB 679 erfüllen, der Widerspruch, dass die Wegbedingung der sachenrechtlichen Haftung möglich wäre, während die obligationenrechtliche Haftung bestehen würde. Nur beschränkt zulässig ist die Wegbedingung der Verschuldenshaftung nach OR 41 ²⁹¹. Soweit aber die Haftung aus OR 58 und ZGB 679 wegbedungen wird, kann auch die Haftung aus OR 41 nicht Platz greifen, denn durch die Vereinbarungen nach ZGB 680, 2 wird die Rechtswidrigkeit der ihnen entsprechenden Ausübung des Eigentums ausgeschlossen.

III. Abschnitt

Die Klagen (Legitimation, Inhalt, Regress)

§ 9. Die Subjekte der Haftpflicht

I. Die Aktivlegitimation

Die Aktivlegitimation aus OR 58 steht *jedem* zu, der durch ein Gebäude oder anderes Werk infolge von dessen Mangelhaftigkeit geschädigt wird. Gegenüber der römischen *cautio damni infecti*, die nur zum Schutze der Nachbarn bestand ²⁹², hat sich demnach das Anwendungsgebiet der Werkhaftung bedeutend erweitert. Die Haftungsbestimmung wird heute, weil ja der Werkschaden meist in der Nähe

²⁹⁰ Das öffentliche Recht selbst kann jedoch eine Modifikation ausnahmsweise zulassen.

²⁹¹ Vgl. Oser-Schönenberger, zu OR 41 N 22 (*volenti non fit iniuria*); BGE 60 II 344.

²⁹² Vgl. § 3 I.

der fehlerhaften Sache eintritt, sogar hauptsächlich von Geschädigten angerufen, die mit dieser in irgendeiner Beziehung stehen, sei es insbesondere, dass sie diese bedienen²⁶³ oder benutzen. Entgegen bundesgerichtlicher Auffassung²⁶⁴ sind aus OR 58 aber auch die Nachbarn klageberechtigt, wenn ihre Grundstücke durch mangelhafte Werke geschädigt werden, und zwar sind sie es selbst dann, wenn die nachbarlichen Schädigungen auf die Benutzung der fehlerhaften Sache oder den Betrieb der fehlerhaften Anlage zurückzuführen sind²⁶⁵.

Im Gegensatz zur Werkhaftung setzt die Grundeigentümerhaftung, wie die römische *cautio damni infecti*, stets nachbarliche Verhältnisse voraus. Auch über den Kreis der aus ZGB 679 Aktivlegitimierten besteht jedoch keine einheitliche Auffassung. Die Formulierung des Gesetzes, «wird *jemand*²⁶⁶ dadurch, dass ein Grundeigentümer sein Eigentumsrecht überschreitet, geschädigt oder mit Schaden bedroht, so kann er . . . klagen», ist denn auch sehr unbestimmt. Wie zur systematischen Stellung der Grundeigentümerhaftung ausgeführt wurde²⁶⁷, betrachtete man die Haftung bei ihrer Schaffung wohl mehrheitlich als allgemeine, nicht bloss nachbarliche, was schon daraus hervorgeht, dass man ihre Stellung auch im OR, gerade im Anschluss an die Werkhaftung, für vertretbar hielt. Wenn die Haftungsbestimmung ihren Platz schliesslich doch im Sachenrecht gefunden hat, so lassen sich daraus für die Klageberechtigung noch keine sicheren Folgerungen ziehen, denn dem Antrag auf Streichung der in Entwurf II. zum OR aufgestellten Grundeigentümerhaftung (Art. 1073, 1) lagen lediglich gesetzestechnische Motive zugrunde²⁶⁸. Bestimmte Anhaltspunkte ergeben sich dagegen aus der Analyse des Art. 679 selbst. Der Begriff der Ueberschreitung des Eigentumsrechts setzt Vorschriften voraus, die

²⁶³ Bei Schädigungen von Arbeitern und Angestellten des Werkeigentümers können die Ansprüche aus OR 58 und aus OR 339 (Haftung des Dienstherrn) konkurrieren, vgl. BGE 26 II 105 ff.: Das Vorhandensein eines Dienstvertrages und die Möglichkeit einer Kontraktsklage schliesse die Möglichkeit einer Deliktsklage oder einer Klage aus Haftung für Zustände (z. B. gemäss aOR 67 als Eigentümer eines Werks) nicht aus, vielmehr bestünden beide Ansprüche konkurrierend nebeneinander (S. 106); BGE 18 S. 340, 361 f.; 47 II 429 ff.; 48 II 478; 57 II 66; 60 II 40 ff.; Schärer, S. 105; Oftinger, S. 361 f.

Die Haftung nach OR 58 ist die strengere. Der Dienstherr haftet nur für die Folgen *schuldhafter* Verletzung der in OR 339 umschriebenen Fürsorgepflicht (vgl. Oser-Schönenberger, zu OR 339 N 2; Becker, zu OR 339 N 9; BGE 46 II 466), wobei der Dienstherr den Beweis des Nichtverschuldens zu erbringen hat (vgl. Becker, zu OR 339 N 12; Däppen, S. 367).

²⁶⁴ Vgl. vorne, S. 49, 68 f. und namentlich BGE 61 II 326.

²⁶⁵ A. M. Blumer, S. 117. Vgl. die Beispiele in § 7 III. Ziff. 8 u. 2. Der Begriff der Mangelhaftigkeit erfordert aber, dass das Werk seinem Zwecke selbst nicht zu genügen vermag, vgl. § 7 I.

²⁶⁶ Auszeichnung vom Verfasser.

²⁶⁷ Vgl. § 3 IV. 1.

²⁶⁸ Es wurde bloss darauf hingewiesen, dass die Haftung bereits «mit genügender Deutlichkeit» im Sachenrecht aufgestellt sei, vgl. § 3 III. a. E. und IV. 1.

den Eigentumsinhalt umschreiben, und nach denen sich folglich die Frage beantwortet, ob eine Eigentumsüberschreitung vorliegt. Diese Normen sind nun aber sachenrechtlicher Natur und bestehen vor allem in den Bestimmungen des Nachbarrechts. Zwar kann auch die Verletzung allgemeiner, aus der gesamten Rechtsordnung sich ergebender Pflichten, die mit dem Eigentum in Zusammenhang stehen, eine Ueberschreitung des Eigentumsrechts bedeuten²⁶⁹. Diese setzt aber stets eine Missachtung des grundeigentumsrechtlichen Verhältnisses zwischen Nachbarn voraus. Sie liegt also nur vor, wenn ein Grundstück so benutzt wird, dass den Nachbarn Einwirkungen treffen, die über seine Duldungspflicht hinausgehen. Da sich somit die Ueberschreitung des Eigentums in einem Eingriff in die Eigentumssphäre des Nachbarn auswirken muss, kann aus ZGB 679 nicht jedermann, zum Beispiel auch ein Passant, aktivlegitimiert sein²⁷⁰. Daraus beantwortet sich auch die Frage, ob im einzelnen Falle zur Feststellung der Klageberechtigung eine besondere Untersuchung, welcher Art die vom Grundeigentümer übertretene Pflicht ist, wessen Schutz sie bezweckt, erforderlich ist. Die Ansicht *Haabs*²⁷¹, dass die Aktivlegitimation stets einer besonderen Prüfung auf Grund des Rechtssatzes bedürfe, dessen Missachtung behauptet werde, trifft nur insoweit zu, als geprüft werden muss, ob die allgemeinen Rechtspflichten, deren Verletzung allenfalls geltend gemacht wird, tatsächlich auch den Schutz des Grundeigentums bewirken. Nur dann kann ja ihre Verletzung überhaupt eine Eigentumsüberschreitung im Sinne von ZGB 679 darstellen. Keineswegs lässt sich dagegen die Klageberechtigung, je nach dem Schutz, den der verletzte allgemeine Rechtssatz bezweckt, auf beliebige Personen ausdehnen. Nach herrschender Meinung ist aber anderseits nicht nur der Eigentümer des geschädigten Grundstücks zur Klage aus ZGB 679 berechtigt, sondern jedermann, der in einer *Beziehung* zum betroffenen Grundstück steht. Auf die Grundeigentümerhaftung können sich demnach auch die beschränkt dinglich Berechtigten und sogar die obligatorisch Berechtigten berufen, also ausser dem Nutzniesser auch Mieter und Pächter²⁷². Mit Recht begrüsst *Blumer*²⁷³ diese Ausdehnung des Anspruchs aus ZGB 679 vor allem deshalb, weil die Mittel, die bloss obligatorisch Berechtigten zur Verfügung stünden, manchmal diese selbst schädigen würden (Vertragskündigung) oder dann zu wenig wirksam

²⁶⁹ Vgl. § 7 II. 2.

²⁷⁰ A. M. Haab, zu ZGB 679 N 10; Homberger u. Marti, Kartothek Nr. 430 VI.; Rothenhäusler, S. 110, 89 (Verletzung eines Passanten von einem Schiessplatz oder Steinbruch aus); Bachmann, S. 148 f.; SJZ 17, Nr. 25, S. 141; ZBJV 66, S. 17.

²⁷¹ Haab, zu ZGB 679 N 10; vgl. auch die Kritik von Blumer, S. 187.

²⁷² Wieland, zu ZGB 679, S. 126; Leemann, zu ZGB 679 N 26; Tuor, S. 483; v. Tuhr-Sieglwart, S. 392 N 28; Waldis, S. 29 f.; Schärer, S. 126; BGE 59 II 137; ZBJV 83, S. 75.

²⁷³ Blumer, S. 188 und Zit. Bauhofer, S. 123.

wären, um einen Eigentümer, der sonst kein Interesse an der Beseitigung der Eigentumsüberschreitung hätte, zur Wahrung seiner Rechte zu bewegen.

Die Ueberschreitung des Eigentumsrechts bezieht sich stets auf eine Verletzung der rechtlichen Schranken, welche die *Nachbargrundstücke* voneinander abgrenzen. Es stellt sich hier indessen noch die Frage, was im Rechtssinne unter benachbarten Grundstücken zu verstehen ist. Nachbar ist selbstverständlich einmal derjenige, dessen Grundeigentum unmittelbar an das schädigende Grundstück anstösst. Darüber hinaus gelten als benachbart aber auch alle anderen, in der Umgebung liegenden Grundstücke, die durch die Benutzung übermässig beeinträchtigt werden. Praktisch bedeutsam ist dies bei gewissen Immissionen, insbesondere bei Radiostörungen, Lärm- und Rauch- einwirkungen und dergleichen, die sich auf grössere Gebiete erstrecken können. Daraus folgt, dass der Begriff der Nachbarschaft den Umkreis des schadenstiftenden Grundstücks soweit umfasst, als die schädliche Einwirkung reicht²⁷⁴. Der Grundsatz, dass die Eigentumsüberschreitung das Verhältnis von Grundstück zu Grundstück betrifft, erfährt jedoch insofern eine Modifikation, als das Bundesgericht die Grundsätze der Immissionsbestimmung auch auf das Verhältnis zwischen Stockwerkseigentümern anwendbar erklärt²⁷⁵. Dadurch aber, dass das schweizerische Recht die Begründung neuen Stockwerkseigentums nicht mehr zulässt²⁷⁶, nimmt die Bedeutung dieses Sonderfalles zusehends ab.

II. Die Passivlegitimation

Die Klage aus OR 58 richtet sich grundsätzlich gegen den *Eigentümer* des mangelhaften Werks. Dies gilt auch in den Fällen, in welchen der Eigentümer das Werk auf Grund eines obligatorischen (Miete, Pacht) oder eines dinglichen (Nutzniessung) Rechtsverhältnisses einem Dritten überlässt und dieser die ihm obliegenden Unterhaltungspflichten vernachlässigt²⁷⁷, sowie in denjenigen, in denen das Werk mit öffentlich-rechtlichen Beschränkungen belastet ist. Da die Haftung aber auf der Voraussetzung beruht, dass Herstellung und Unterhalt des Werks dem Ermessen des Eigentümers unterstehen, haftet der Werkeigentümer billigerweise dann nicht, wenn ihm infolge des öffentlich-rechtlichen Charakters der Sache die tatsächliche Verfügungsgewalt über

²⁷⁴ Haab, zu ZGB 684 N 14; Tuor, S. 484 N 3; Waldis, S. 2, 26, 150; Bachmann, S. 110; Blumer, S. 189 f.; ZBJV 30 S. 117; BGE 55 II 245; 65 II 155 ff.; 68 II 371.

²⁷⁵ BGE 55 II 21 f.

²⁷⁶ SchlT zum ZGB 45 und ZGB 675, 2.

²⁷⁷ Oser-Schönenberger, zu OR 58 N 13; Becker, zu OR 58 N 21; BGE 24 II 78; ZBJV 74 S. 624.

diese entzogen ist ²⁷⁸. Hier hat das Gemeinwesen für den nötigen Unterhalt zu sorgen und für den mangelfreien Zustand des Werkes einzustehen ²⁷⁹.

Auch bei der Verantwortlichkeit des Grundeigentümers stellt das Gesetz zur Bestimmung des Klageberechtigten auf das formelle Kriterium des *Eigentums* an der Sache, hier am Grundstück, ab. Gegenüber der Werkhaftung erfährt der Kreis der Haftpflichtigen bei der Grundeigentümerhaftung jedoch eine Erweiterung. Nicht nur der Eigentümer des Grundstücks wird aus ZGB 679 verantwortlich. Zwar richtet sich die Klage, wie bei der Werkhaftung, selbst dann gegen den Eigentümer, wenn obligatorisch Berechtigte (Mieter, Pächter) den Schaden verursacht haben ²⁸⁰. Die früher vertretene Auffassung, dass der Anspruch aus ZGB 679 nicht nur gegen den Grundeigentümer, sondern gegen jeden, dem die Ausübung des Grundeigentumsrechts übertragen sei, zustehe, also auch gegen die obligatorisch Berechtigten ²⁸¹, ist allgemein verlassen worden ²⁸². Für diese Möglichkeit besteht ja auch praktisch kein Bedürfnis, denn einmal ist der Eigentümer aus dem Grundeigentum heraus zur Ueberwachung der Eigentumsausübung berechtigt und verpflichtet, dann besitzt er auch die nötigen Mittel, um eine vertragsgemässe, rechtmässige Benutzung des Grundstücks durchzusetzen. Anders verhält es sich dagegen hinsichtlich der beschränkt *dinglich Berechtigten*, die, verglichen mit den bloss obligatorisch Berechtigten, eine grössere Selbständigkeit gegenüber dem Eigentümer aufweisen. Nach allgemeiner Ansicht erstreckt sich die Haftpflicht aus ZGB 679 im Rahmen des ihnen zustehenden Rechts auch auf diese, was namentlich für den Baurechtsberechtigten von besonderer praktischer Bedeutung ist ²⁸³.

²⁷⁸ Oser-Schönenberger, zu OR 58 N 16; Oftinger, S. 450; Schärer, S. 78; Blumer, S. 40; BGE 51 II 207 ff., ZBJV 73, S. 508 (= SJZ 34, S. 265) (Ein im Privateigentum stehendes Trottoir ist dem Gemeingebrauch gewidmet).

²⁷⁹ Oftinger, S. 451, findet diesen Durchbruch des sonst geltenden, klaren und einfach zu handhabenden Prinzips, den Haftpflichtigen allein nach der Eigentümerqualität zu bestimmen, bedenklich und schlägt an dessen Stelle die — leider aber etwas umständlichere — Lösung vor, das Gemeinwesen zum vorneherein, wenn Privateigentum der öffentlichen Herrschaft unterworfen wird, zu verpflichten, den Eigentümer im Falle einer auf OR 58 gestützten Inanspruchnahme schadlos zu halten.

²⁸⁰ BGE 44 II 36 (= Pra 7, Nr. 38); SJZ 42, Nr. 81, S. 203.

²⁸¹ Wieland, zu ZGB 679, S. 126; v. Tuhr, S. 362 N 29; Bauhofer, S. 164; SJZ 25, Nr. 3, S. 10.

²⁸² Leemann, zu ZGB 679 N 27—29; Haab, zu ZGB 679 N 11 u. 13, der die Ursache der Unklarheiten vor allem darin erblickt, dass die Ansprüche aus ZGB 641, 2 und aus ZGB 679 nicht genügend auseinandergehalten werden; v. Tuhr-Siegwart, S. 393; Rothenhäusler, S. 106; Bachmann, S. 150 ff.; Blumer, S. 191 f.

²⁸³ Leemann, zu ZGB 679 N 27; Haab, zu ZGB 679 N 12 (nimmt als einziger Klagenkonkurrenz zwischen dem dinglich Berechtigten und dem Eigentümer an); Bachmann, S. 149; Blumer, S. 192; BIZR 30, Nr. 146, S. 297 ff.; BGE 68 II 373.

Dasselbe gilt auch für den Inhaber eines Quellenrechts, welches ja das Baurecht zur Erstellung der notwendigen Bauten mitumfasst. Vgl. § 5 II. 2. und 3. lit. b.

Erfüllt eine nachbarliche Schädigung die Voraussetzungen von OR 58 und ZGB 679 zugleich, so richten sich die beiden Klagen, wenn Werk- und Grundeigentümer identisch sind, gegen dieselbe Person. Wie verhält es sich aber in denjenigen Schadensfällen, in denen das Eigentum am Werk einerseits und am Grundstück anderseits verschiedenen Rechtssubjekten zusteht? Während der Grundeigentümer der Haftung nach OR 58 nur als Eigentümer des mangelhaften Werks untersteht, kann der Werkeigentümer, wie wir ausgeführt haben, der Haftung nach ZGB 679 auch unterliegen, wenn er nicht Eigentümer des schadenstiftenden Grundstücks ist, da ja ausser dem Grundeigentümer insbesondere auch der Inhaber eines Baurechts aus ZGB 679 passivlegitimiert sein kann²⁸⁴. Daher sind in der Regel auch bei Auseinanderfallen von Werk- und Grundeigentum die Klagen aus OR 58 und ZGB 679 gegen die nämliche Person anzustrengen. Eine Ausnahme besteht nur für diejenigen nachbarlichen Schädigungen, die von Fahrnisbauten herrühren, welche, trotzdem ihr Bestand nicht in das Grundbuch eingetragen werden kann, ihren besonderen Eigentümer behalten. Für Hütten, Buden, Baracken und dergleichen, die ohne Absicht bleibender Verbindung auf einem fremden Grundstück aufgestellt werden, gilt das in ZGB 667, 2 begründete Akzessionsprinzip nicht. In diesen Fällen wird der Grundeigentümer nach ZGB 679 verantwortlich, während die Haftpflicht aus OR 58 den Eigentümer der Fahrnisbaute trifft. Von dieser Ausnahme abgesehen, steht jedoch das Eigentum am Werk, wenn dessen Errichtung sich nicht auf ein beschränktes dingliches Recht am Grundstück stützt (Baurecht, Leitungsbaurecht), gemäss dem Akzessionsprinzip dem Grundeigentümer zu²⁸⁵.

Schwierigkeiten entstehen, wenn ein Baurecht, so wie es begründet wurde, überhaupt nur unter Verletzung des Nachbarrechts ausgeübt werden kann. Hier ist wohl anzunehmen, dass die Klage gemäss ZGB 679 sich zugleich gegen den Bauberechtigten und den Grundeigentümer richten kann. Dieser Fall liegt jedoch nicht vor, wenn die Haftung aus OR 58 gegeben ist, weil dann der Schaden nicht die notwendige Folge der Ausübung des vom Grundeigentümer dem Bauberechtigten eingeräumten Rechtes ist.

III. Anwendbarkeit von OR 58 und ZGB 679 auf die Haftung öffentlich-rechtlicher Körperschaften

Im vorhergehenden wurde die Passivlegitimation aus OR 58 und ZGB 679 nur in bezug auf natürliche Personen behandelt. Da jedoch beide Haftungsbestimmungen eine Verantwortlichkeit für eine Sache,

²⁸⁴ Vgl. § 5 I. 1.

²⁸⁵ Vgl. § 5 II. 3.; BGE 48 I 448 (Eine Leitung ist Bestandteil des Durchleitungsgrundstücks, wenn an diesem keine Dienstbarkeit zugunsten des Werkeigentümers besteht).

für ein Werk, bzw. Grundstück, und nicht für ein persönliches Verhalten begründen, versteht es sich von selbst, dass auch *juristische Personen* des Privatrechts Subjekte dieser Haftungen sein können. Schwieriger ist die Frage zu beantworten, ob diese beiden Normen auch auf *Rechtssubjekte des öffentlichen Rechts*, wie Bund, Kantone und Gemeinden, anzuwenden sind. Nach der in der Schweiz massgebenden Theorie sind die sogenannten öffentlichen Sachen, unter denen man Objekte versteht, die unmittelbar der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen, einer dualistischen Rechts Herrschaft unterworfen²⁸⁶. Danach unterstehen sie dem öffentlichen Recht, soweit es sich um Beziehungen handelt, in denen das Gemeinwesen den privaten Rechtssubjekten gegenüber als Träger hoheitlicher Befugnisse auftritt, dagegen dem Privatrecht, soweit Beziehungen vorliegen, bei welchen das Gemeinwesen dem Bürger als koordiniertes Subjekt gegenübersteht²⁸⁷. Dies letztere wird namentlich auch bei Schädigungen angenommen, die auf die Mangelhaftigkeit öffentlicher Werke oder auf eine Benutzung öffentlicher Grundstücke, die über deren öffentlich-rechtliche Zweckbestimmung hinausgeht, zurückzuführen sind²⁸⁸. Hier trifft der in ZGB 6, 1 und 59 statuierte Vorbehalt zugunsten des öffentlichen Rechts nicht zu. Die Anwendbarkeit der Werk- und Grundeigentümerhaftung fällt aber nur in Betracht, wenn die öffentlichen Sachen überhaupt in jemandes Eigentum stehen. Verschiedene Theorien entstanden im Laufe der Entwicklung über das Problem des Eigentums an öffentlichen Sachen, und auch heute herrscht keine einheitliche Auffassung. Nach schweizerischem Recht stehen jedoch mit Ausnahme der herrenlosen beweglichen Sachen (ZGB 664, 718) alle Sachen im Privateigentum²⁸⁹, gleichgültig, ob sie privaten oder öffentlichen Zwecken dienen²⁹⁰. Das gilt nicht bloss für das Finanzvermögen (gewerbliche und landwirtschaftliche Betriebe, Wälder, Mietshäuser, Wertpapiere usw.), sondern auch für das Verwaltungsvermögen (Dienst- und Anstaltsgebäude, Schulen, Kasernen usw.) und die Sachen im Gemeingebrauch (öffentliche Strassen, Plätze, Brücken, Brunnen usw.). Aus der dualistischen Natur der öffentlichen Sachen folgt daher, dass für diese neben den öffentlich-rechtlichen Vorschriften über Herstellung und Unterhalt sowie über die Ausübung der Sachherrschaft auch die privatrechtlichen Normen von OR 58 und ZGB 679 massgebend sind.

²⁸⁶ Fleiner, S. 353 ff.; Ruck, I. Bd., S. 96 ff.; Haab, zu ZGB 664 N 4 ff.; Oftinger, S. 407, 470 ff.

²⁸⁷ BGE 55 II 196; 63 II 145.

²⁸⁸ Haab, zu ZGB 680 N 24.

²⁸⁹ Das schweiz. Recht kennt nur das Privateigentum. Ruck, I. Bd., S. 99, bezeichnet das — insbesondere von Otto Mayer verfochtene — *öffentliche Eigentum* als «eine phantasievolle juristische Konstruktion, aber keine praktisch brauchbare Rechtsgestalt.»

Vgl. über das öffentliche Eigentum Fleiner, S. 355 ff.

²⁹⁰ Ruck, I. Bd., S. 97 ff.; ders. in Festgabe Speiser, S. 21 ff.; Fleiner, S. 354.

In diesem Sinne hat das Bundesgericht in konstanter Rechtssprechung auch die öffentlich-rechtlichen Körperschaften der privatrechtlichen Werkhaftung gemäss OR 58 unterworfen²⁹¹. Es ging dabei von der Erwägung aus, dass sich die Verpflichtung öffentlich-rechtlicher Korporationen, die ihnen gehörenden Werke in zweckentsprechendem Zustande zu halten und namentlich alle diejenigen Vorkehren zu treffen, welche die Sicherheit des Verkehrs erfordert, aus dem Grundsatz ergebe, dass, wer ein Werk dem Publikum zugänglich macht, für dessen ordnungsgemässe Herstellung und Unterhaltung zivilrechtlich verantwortlich ist. Der Umstand, dass das Werk seine Entstehung einem Akt der öffentlich-rechtlichen Gesetzgebung verdankt und die Organe des Kantons, denen die Erstellung und Instandhaltung des Werks obliegt, dazu nach öffentlich-rechtlichen Normen berufen sind, ist hiebei belanglos²⁹². Insoweit nämlich das Gemeinwesen diejenige Sorgfalt ausser acht lässt, die nach dem bürgerlichen Recht zu beobachten ist, gehört die daraus erwachsende Haftung dem Privatrecht an, und in dieser Hinsicht kann dem Gemeinwesen, das zugleich Subjekt des Privatrechts ist²⁹³, keine privilegierte Stellung zukommen²⁹⁴. Die Praxis rechtfertigt sich und entspricht zweifellos der Billigkeit, weil man sich auch dem Gemeinwesen gegenüber darauf soll verlassen können, dass bei Erstellung und Unterhaltung öffentlicher Werke die durch die Umstände gebotene Sorgfalt beobachtet wird, und vor allem deshalb, weil das öffentliche Recht im allgemeinen den Privaten bei Schädigungen durch dem Gemeinwesen gehörige Sachen keinen genügenden Rechtsschutz bietet.

In beschränktem Umfange unterliegen die öffentlich-rechtlichen Korporationen auch der Haftung für Ueberschreitung des Eigentumsrechts gemäss ZGB 679. Die dem Gemeinwesen zustehende Herrschaft über die öffentlichen Sachen unterscheidet sich allerdings vom Eigentumsrecht des privaten Grundeigentümers nicht unwesentlich. Ihre Ausübung wird nicht durch private Interessen bestimmt, sondern

²⁹¹ BGE 49 II 260 f.; 53 II 316; 55 II 195 f.; 56 II 92; 59 II 176; 63 II 145; 70 II 89 ff. Das BGer findet hierin mehrheitlich auch die Zustimmung der Doktrin, vgl. Guhl, S. 142; Schärer, S. 78; Bettschart, SJZ 33, S. 1 ff.; Oftinger, S. 407, 470; Ruck, II. Bd., S. 160; Oser-Schönenberger, zu OR 58 N 15; Becker, zu OR 58 N 29; Bachmann, S. 117 f.; Blumer, S. 116 f.; Hagmann, S. 97, 99 f. Die zivilistische Haftung des Gemeinwesens lehnen ab: Bortier, S. 58 ff. und Seiler, insbes. S. 43 ff., der de lege ferenda das Problem durch Einführung einer speziellen, bundesgesetzlich geordneten öffentlich-rechtlichen Schadenersatzpflicht lösen möchte (S. 65 ff.), was zweifellos das Richtige wäre. Bis zur Verwirklichung dieser Lösung drängt sich aber die zivilistische Haftung des Gemeinwesens unbedingt auf.

Vgl. auch über die Anwendung von OR 55 auf öffentlich-rechtliche juristische Personen Guhl, S. 140; Oftinger, S. 492 ff.

²⁹² BGE 49 II 260 f.

²⁹³ Egger, Komm. zum Personenrecht (2. Aufl. Zürich 1930) Art. 59 11 ff.; Oser-Schönenberger, zu OR 61 N 8 ff.

²⁹⁴ Fleiner, S. 359 ff.

durch öffentliche Zwecke, deren Verwirklichung durch das öffentliche Recht zwingend vorgeschrieben wird. Wenn aber das Gemeinwesen sein Grundeigentum im Rahmen dieses Rechts benützt, können die *notwendig* daraus resultierenden schädlichen Einwirkungen auf die Nachbargrundstücke nicht im Sinne des Privatrechts widerrechtlich sein. Eine Entschädigung kann daher höchstens in einem Expropriationsverfahren zugesprochen werden ²⁹⁵. Nach der extensiven Interpretation des alten Expropriationsgesetzes durch das Bundesgericht ²⁹⁶ erstreckte sich schon die darin statuierte Ersatzpflicht über die eigentliche Rechtsabtretung hinaus auf jeden anderen Eingriff in das Eigentum oder beschränkte dingliche Rechte, der nicht auf willkürlichen, deliktischen Handlungen des Unternehmers beruhte, sondern vielmehr die notwendige oder doch nicht leicht vermeidbare Folge des zweckmässigen Baues oder Betriebes des mit dem Enteignungsrecht ausgerüsteten Werks war. Diese Praxis hat im neuen Expropriationsgesetz vom 20. Juni 1930 ihre ausdrückliche Sanktion gefunden, indem auch die Nachbarrechte als Gegenstände der Enteignung erklärt wurden ²⁹⁷. Eine Widerrechtlichkeit und damit die privatrechtliche Schadenersatzpflicht gemäss ZGB 679 ist demgegenüber gegeben, wenn nachbarliche Grundstücke dadurch geschädigt werden, dass das Gemeinwesen das ihm über die öffentlichen Sachen zustehende Herrschaftsrecht überschreitet, indem es in nicht notwendiger, *vermeidbarer* Weise in die Eigentumssphäre der Nachbarn eingreift, was die Betroffenen nicht zu dulden verpflichtet sind ²⁹⁸. Leider kam das Bundesgericht in seiner neueren Rechtssprechung von diesem klaren und praktisch brauchbaren Kriterium ab und führte, ausgehend von dem Dualismus der öffentlichen Sachen und dem Gegensatz von notwendigen und ver-

²⁹⁵ Vgl. Pra 3, Nr. 93: «Die Entschädigung für die mit dem Eisenbahnbetrieb notwendig verbundenen Immissionen ist nicht auf Grund ZGB 684 vom Zivilrichter, sondern im Expropriationsverfahren zu beurteilen.» Vgl. auch BGE 65 II 248 ff. (= Pra 25, Nr. 45), Störung der Nachtruhe durch die Glockenschläge einer Kirchenglocke, Begehren zur Einstellung der viertelstündlichen Glockenschläge zwischen 22 Uhr und 7 Uhr, evtl. Vornahme geeigneter Massnahme. Die Vorinstanzen wiesen die Klage wegen sachlicher Unzuständigkeit mit der Begründung ab, dass es sich einerseits um eine Ausübung hoheitlicher Gewalt und andererseits um einen notwendigen Ausfluss der zweckbestimmten Benützung der Turmuhr handle. Da hier jedoch von der Ausübung eines Hoheitsrechts überhaupt nicht die Rede sein kann, hätte der Fall auf Grund von ZGB 684 beurteilt werden sollen. Die Gerichte wären dann zur Abweisung der Klage gekommen, weil es sich nicht um eine übermässige Einwirkung handelte.

²⁹⁶ BGE 4, S. 65 f.; 9 S. 238 f.; 18 S. 58 ff.; 34 I 694 f.; 36 I 627 ff.

²⁹⁷ Expropriationsgesetz, Art. 5.

²⁹⁸ Vgl. den neuesten BGE 70 II 85 ff. (= Pra 33, Nr. 112, S. 267 ff.): «Insbesondere stellen sich Einwirkungen öffentlichen Gutes auf benachbarte Grundstücke, soweit eben die Eigentumsrechte der Nachbarn nicht durch öffentliches Recht geschmälert sind, als Rechtsverletzungen dar, wie wenn sie von privaten Grundstücken ausgingen» (S. 89).

meidbaren Einwirkungen, die «drollige»²⁹⁹ Unterscheidung zwischen *Hoheits-* und *Eigentumsrechtsausübung* ein. Danach übt das Gemeinwesen bei den infolge von fehlerhafter Erstellung oder Unterhaltung oder unrichtiger Betriebsführung öffentlicher Sachen entstehenden Einwirkungen auf Nachbargrundstücke sein Eigentumsrecht aus und untersteht daher bei dessen Ueberschreitung wie ein Privater der Haftung nach ZGB 679³⁰⁰. Erscheint die zivilrechtlich übermässige Einwirkung hingegen als Folge vorschriftsgemässer Benützung einer öffentlichen Sache, so ist nach dieser neueren Rechtsprechung das Gemeinwesen nicht als Eigentümer, sondern als Träger des Hoheitsrechts zu behandeln. Daraus folgt, dass die Grundeigentümerhaftung unanwendbar ist, weil das Gemeinwesen seine Eigentumsbefugnisse überhaupt nicht ausübt und infolgedessen auch nicht überschreiten kann. In diesem Sinne hat das Bundesgericht schon mehrmals entschieden, dass auf schädliche Einwirkungen, die auf den Gemeingebrauch an öffentlichen Sachen zurückzuführen sind, die zivilrechtlichen Bestimmungen keine Anwendung finden. Denn dadurch, dass der Staat den Gemeingebrauch an öffentlichen Sachen, insbesondere an Strassen, gestatte und ordne, übe er nicht eine aus dem Privatrecht fliessende Befugnis aus, sondern tue dies kraft des ihm zustehenden Hoheitsrechts, weshalb er seine zivilrechtlichen Eigentumsbefugnisse selbst da nicht überschreite, wo er zugleich Eigentümer der schädigenden Sache sei³⁰¹. Diese Konzeption unseres obersten Gerichtshofes wurde indessen nicht kritiklos hingenommen³⁰². Insbesondere *Guisan* sprach sich gegen die Unterscheidung zwischen zivilrechtlicher Eigentumsausübung und staatlichem Hoheitsakt aus³⁰³. Ein Kriterium, das hierin eine klare Abgrenzung ermöglichen würde, kann denn auch nicht gefunden werden.

²⁹⁹ Vgl. die Kritik der BGer-Praxis von Guhl, in ZBJV 72, S. 541.

³⁰⁰ Vgl. BGE 61 II 328, Erw. 4: Die den Klägern durch das ablaufende Regen- und Schneewasser entstehenden Nachteile «sind die Folge der Art und Weise der Anlage der Strasse, die vom Beklagten in Ausübung seiner Befugnisse als Eigentümer so angeordnet worden ist. Soweit der Staat in dieser Eigenschaft Rechte ausübt, muss er aber für dadurch verursachte Schädigungen nach den für jeden Privateigentümer geltenden Grundsätzen haften, gleich wie er als Werkeigentümer der Haftung des Art. 58 OR unterstellt ist...»; Bettschart, SJZ 33, S. 1; Blumer, S. 181; Wegmann, S. 32 ff.

³⁰¹ Vgl. BGE 61 II 327 Erw. 3; 43 II 472; unpubliz. Entscheid der staatsrechtlichen Abteilung des BGer vom 27. April 1934 i. S. Aufdermaur gegen Kt. Schwyz; ZBJV 80, S. 324.

³⁰² Vgl. die Ausführungen bei *Guisan*, JdT 84 (1936), S. 298—315; Guhl, ZBJV 72, S. 541; Bachmann, S. 118 ff.; Blumer, S. 181 ff.; Wegmann, S. 24—37, der das Problem weitgehend auch unter dem Gesichtspunkte der Organhaftung betrachtet (S. 26—28, 32).

³⁰³ *Guisan*, JdT 84, S. 303 ff.: «...on peut douter que la solution soit vraiment trouvée par la distinction proposée: à l'examen plus attentif, elle se révèle fort impratique, et peu fondée théoriquement. A quoi reconnaitrons-nous en effet que l'état ou la commune ont agi en vertu de leur droit de *propriété*, ou de leur *Hoheitsrecht*, ou encore de leur 'öffentliches Verwaltungsrecht'?» (S. 303).

Sowohl durch die Ausübung des Eigentumsrechts wie diejenige des Hoheitsrechts kommt die *Sachherrschaft* zum Ausdruck. Beim Bau wie bei der Regelung der Benutzung einer öffentlichen Sache liegt schliesslich eine Eigentums- und Hoheitsausübung vor. Und wenn der vorschriftsgemässe Gemeingebrauch zum Beispiel deswegen, weil die an sich technisch fehlerlos erstellte Strasse allzunahe an einem Gebäude vorbeigeführt wurde, notgedrungen Schädigungen des Nachbargrundstücks zur Folge hat, handelt es sich eben doch um vermeidbare Eingriffe. So kommen wir auf die frühere Praxis des Bundesgerichts zurück, die zwischen notwendigen und vermeidbaren Einwirkungen unterschied. Können bei jenen Schadenersatzansprüche höchstens auf dem Expropriationswege geltend gemacht werden, ist bei letzteren eine zivilrechtliche Schadenersatzklage gegeben. Diese Lösung, die zivilrechtlichen Verantwortlichkeitsvorschriften auf öffentlich-rechtliche Korporationen anzuwenden, entspricht solange einem dringenden Bedürfnis, als nicht das öffentliche Recht den Privaten einen genügenden Rechtsschutz bietet, ihnen bei Schädigungen durch öffentliche Sachen nicht praktisch durchsetzbare Ansprüche gibt. Aufgabe der Bundesgesetzgebung wäre es, zu prüfen, ob es sich rechtfertige, das Gemeinwesen besonderen, sei es strengeren oder mildernden, Haftungsregeln zu unterstellen ³⁰⁴.

§ 10. Der Inhalt der Klagen

Aus der Werk- und Grundeigentümerhaftung ergeben sich verschiedene Klagen. Nach ihrem Zwecke lassen sich Ansprüche unterscheiden, die einerseits auf Wiedergutmachung eines eingetretenen Schadens gehen, anderseits dazu dienen, die Gefahr eines vorhersehbaren Schadens abzuwenden.

I. Die Klagen auf Schadenersatz

Werk- und Grundeigentümer haben den Schaden zu ersetzen, den sie infolge von fehlerhafter Herstellung oder mangelhafter Unterhaltung eines Werkes, bzw. infolge Ueberschreitung des Eigentumsrechts verursachen. Wie in § 9 I. ausgeführt wurde, steht die Schadenersatzklage aus OR 58 jedem Geschädigten zu, diejenigen aus ZGB 679 dagegen nur denen, die mit dem betroffenen Grundstück in einer Beziehung stehen, sei es als dinglich oder obligatorisch Berechtigte. Der Werkschaden und die nachbarlichen Schäden umfassen jede Art von Vermögenseinbusse, gleichgültig, ob sie unmittelbar oder mittelbar entsteht (vgl. § 6 I.).

³⁰⁴ BGE 70 II 89 (= Pra 33, Nr. 112, S. 268).

Vgl. zu diesem Problem auch Sprecher v. Bernegg, Ueber die Entschädigungspflicht des Staates bei Ausübung der öffentlichen Gewalt, Diss. Bern 1921.

II. Die Präventivklagen

Ausser dem Anspruch auf Ersetzung des erlittenen Schadens gewähren die Vorschriften über die Werk- und Grundeigentümerhaftung auch präventive Schutzmittel, die den Eintritt eines zukünftigen Schadens verhindern sollen. So bestimmt die besondere Vorschrift von OR 59, dass derjenige, der von einem Gebäude oder Werke eines andern mit Schaden bedroht ist, vom Eigentümer die Ergreifung der erforderlichen Massregeln zur Abwendung der Gefahr verlangen kann. Wird diesem Begehren nicht entsprochen, so greift auf einen entsprechenden richterlichen Befehl oder ein Urteil hin im Rahmen des kantonalen Zivilprozessrechts die staatliche Zwangsvollstreckung Platz³⁰⁵. Dementsprechend sieht ZGB 679 für den Fall, dass jemand infolge Ueberschreitung des Eigentumsrechts durch Nachbarn mit Schaden bedroht wird, die Klage auf Beseitigung der Schädigung (III.) oder auf Schutz gegen drohenden Schaden vor.

Umstritten ist die Frage, ob die in OR 58 für die Ersatzpflicht verlangte Voraussetzung der fehlerhaften Anlage oder Herstellung oder mangelhaften Unterhaltung des Werks auch für die *sichernden Massregeln* gemäss OR 59 vorliegen muss. Während nach einigen Autoren³⁰⁶ dieser Anspruch auf Sicherung nur besteht, wenn der drohende Schaden auf eine Mangelhaftigkeit des Werks zurückzuführen ist, bejahen ihn andere³⁰⁷ schlechthin, wenn von einem Werke eine Gefahr droht. Für die letztere Auffassung spreche neben dem Wortlaute des Gesetzes auch der Umstand, dass § 1888 des alten privatrechtlichen Gesetzbuches Zürichs bestimmte, dass der Eigentümer, falls er der Aufforderung zur Abwendung des Schadens nicht nachkomme, für den nachherigen Schaden auch verantwortlich werde, wenn die Voraussetzungen des § 1885 nicht vorhanden seien³⁰⁸. Nach dieser Regelung, die der geltenden Norm zum Vorbild diene, konnte der Werkeigentümer also auch für Schaden verantwortlich werden, der nicht die Folge eines Werkmangels war. Es wurde indessen wiederholt konstatiert, dass die geltende Vorschrift eine völlig neue Norm darstellt, weshalb der Hinweis auf § 1888 des zürcherischen Gesetzbuches unzulässig ist³⁰⁹. Schon aus der Systematik des Gesetzes — unter dem gemeinsamen Obertitel

³⁰⁵ Vgl. OR 59, 2 und ZGB 6, 1; Oftinger, S. 399; Rothenhäusler, S. 64 f.; Blumer, S. 76; Böckli, S. 124 ff.

³⁰⁶ Becker, zu OR 59 N 4; Fick-Morlot, zu OR 59 N 4; Rothenhäusler, S. 65 f.; Blumer, S. 75 f.; BGE 19, S. 263 ff., 269 (alte Praxis); ZBJV 39, S. 197.

³⁰⁷ Oser-Schönenberger, zu OR 59 N 3; Funk, zu OR 59 N 1; BGE 24 II 96 ff., 28 II 294 (neue Praxis).

³⁰⁸ BGE 28 II 294 und 24 II 96 ff.

³⁰⁹ Rothenhäusler, S. 66; Blumer, S. 75 (in bezug auf die Begründung der Auffassung, die Prämisse müsse vorliegen. Das BGer wies freilich zur Begründung der gegenteiligen Auffassung, dass die Prämisse hier nicht erforderlich ist, auf § 1888 hin).

«Haftung des Werkeigentümers» werden in OR 58 die Ersatzpflicht und in OR 59 die sichernden Massregeln behandelt — ist zu schliessen, dass die für die Ersatzpflicht geltende Prämisse der Mangelhaftigkeit auch für die sichernden Massregeln gilt. Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich meines Erachtens namentlich aber aus der Beantwortung der Frage, unter welchen Voraussetzungen denn überhaupt von einem Werke ein Schaden droht. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn sich das Werk, sei es infolge von fehlerhafter Herstellung oder mangelhafter Unterhaltung oder zufolge äusserer Einflüsse, in einem ungenügenden Zustande befindet, der den Eigentümer zu den erforderlichen Reparaturen verpflichtet. Infolgedessen kommt der Entscheidung der vorliegenden Kontroverse praktisch keine sehr grosse Bedeutung zu³¹⁰. Bei einem Werke, das nicht im Sinne von OR 58 mangelhaft ist, wird, ausgenommen bei unabwendbarer höherer Gewalt, wie zum Beispiel Einsturzgefahr wegen Ueberschwemmung, die Gefahr eines Schadenseintrittes nur insofern bestehen, als das Werk einer übermässigen, rücksichtslosen Interessenverfolgung dient. Hier kann sich aber der Bedrohte grundsätzlich nur auf die allgemeinen Rechtsbestimmungen, insbesondere die Schutzvorschriften des Polizeirechts, berufen, wie ja in diesem Falle auch der Geschädigte eine Ersatzklage nur nach OR 41 ff. geltend machen kann. Vorbehalten bleiben bei Bestehen einer unmittelbar drohenden Gefahr die Notstandsbestimmung gemäss ZGB 701 und bei Vorliegen des nachbarlichen Verhältnisses und der besonderen Klagelegitimation der Rechtsbehelf gemäss ZGB 679.

Der Schutzklage nach OR 59 entspricht bei der Verantwortlichkeit des Grundeigentümers die Klage auf *Schutz gegen drohenden Schaden*. Nach dem Wortlaute des Gesetzes könnte der mit Schaden Bedrohte den prophylaktischen Schutz nur bei bereits erfolgter Ueberschreitung des Eigentumsrechts geltend machen. Aus praktischen wie auch aus Billigkeitserwägungen hat jedoch die Rechtssprechung der tatsächlich eingetretenen eine erst bevorstehende Eigentumsüberschreitung gleichgestellt. Danach ist die Klage zum Schutze gegen eine bevorstehende Schädigung nicht erst im Zeitpunkte zulässig, da der Grundeigentümer sein Eigentumsrecht bereits überschritten hat, sondern vielmehr schon, wenn er im Begriffe ist, die Ueberschreitung zu begehen³¹¹. Diese ausdehnende Interpretation entspricht der ratio legis. Das Gesetz will den Nachbarn auch vor zukünftigen Schädigungen bewahren, indem es eine unrechtmässige, gefährdende Eigentumsausübung zu verhindern sucht. Dies liegt sowohl im Interesse des Bedrohten wie des die Gefahr Schaffenden, der dadurch von kostspieli-

³¹⁰ Blumer, S. 76.

³¹¹ BGE 42 II 436; 51 II 397; 58 II 119, 336 (entgegen früherer Praxis: BGE 40 II 335 ff.). Vgl. darüber auch die Ausführungen bei Tuor, S. 484; Bachmann, S. 138 ff.; Blumer, S. 206 f.

gen Aufwendungen, die sich später infolge ihrer Widerrechtlichkeit doch als nutzlos erweisen, abgehalten wird. Praktisch wirken sich die vorbeugenden Massnahmen gegen eine erst bevorstehende Eigentumsüberschreitung vor allem dahin aus, dass die Errichtung von Bauten, von deren Betrieb mit Sicherheit übermässige Einwirkungen auf Nachbargrundstücke zu erwarten sind, wie zum Beispiel von Schweinemästereien, untersagt werden kann. Sofern sich aber die befürchtete Ueberschreitung durch geeignete Vorkehrungen vermeiden lässt und diese zugesichert werden, steht der Errichtung der Anlagen nichts entgegen³¹². Die Praxis erweitert das Anwendungsgebiet der Schutzklage überdies dadurch, dass sie die Frage der Uebermässigkeit von Einwirkungen nicht nur in bezug auf die gegenwärtige Benutzungsart, sondern auch unter Berücksichtigung eines erst zukünftigen Zustandes des Nachbargrundstücks prüft³¹³. Namentlich für baureife Grundstücke, die durch die Art und Weise der Eigentumsausübung als Bauland entwertet würden, ergibt sich so ein wirksamerer Rechtsschutz. Man kann sich hier die Frage stellen, ob es sich, entsprechend der Praxis, die Klage nach ZGB 679 gegen eine erst bevorstehende Eigentumsüberschreitung zuzulassen, rechtfertigen würde, auch den Anspruch auf sichernde Massregeln gemäss OR 59 schon während der Erstellung oder des Umbaues eines Werkes zu bejahen, vorausgesetzt, dass diese offensichtlich mangelhaft erfolgen, so dass eine drohende Gefahr geschaffen wird. Meines Erachtens ist es gerechtfertigt, Art. 59 OR in diesem Sinne auszulegen; dieselben Argumente, die für die extensive Interpretation von Art. 679 ZGB sprechen, lassen sich auch hier anführen.

III. Die Beseitigungsklage gemäss ZGB 679

Im Gegensatz zu OR 58/59 erwähnt ZGB 679 ausser der Schadenersatz- und Schutzklage ausdrücklich noch eine weitere Klage, diejenige auf *Beseitigung der Schädigung*. Diese ist die Hauptklage aus ZGB 679. Während man mit der Klage auf Schutz gegen drohenden Schaden den Eintritt eines zukünftigen Schadens zu verhindern sucht, dient diese der Verhütung *weiterer* Schädigungen. Sie steht dem Bedrohten dann zu, wenn die Ueberschreitung in einer periodisch wiederkehrenden Grundeigentumsausübung oder einem dauernden Zustand auf dem benachbarten Grundstücke besteht. Je nach dem ist ein Anspruch auf Unterlassung der Störung oder aber auf Anbringung von Schutzvorrichtungen zu unterscheiden³¹⁴.

³¹² BGE 42 II 452; 58 II 336 f.

³¹³ BGE 51 II 398; 56 II 335 ff.; 58 II 117; vgl. auch Bachmann, S. 140 ff.; Blumer, S. 206 f.

³¹⁴ Vgl. darüber Rothenhäusler, S. 102 f.; Bachmann, S. 143 ff. Materiell nähert sich die Unterlassungsklage der Schutzklage an. Vgl. auch den Wortlaut von ZGB 928.

In bezug auf die Unterlassungsklage stellt sich die Frage, ob diese auch gegen *Korporationen des öffentlichen Rechts* zulässig sei. Dies hängt von der Art der Einwirkungen ab, die von den öffentlichen Sachen herrühren. Staatliche Betriebe müssen auch unter Verletzung von Privatinteressen durchgeführt werden, sofern es ein öffentliches Interesse erfordert. Infolgedessen kann der beeinträchtigte Nachbar nicht auf Unterlassung klagen, wenn es sich um *notwendige* Einwirkungen durch den Betrieb handelt. Dagegen hat er einen Anspruch auf Entschädigung, den er aber im Expropriationsverfahren geltend zu machen hat. Sind die schädlichen Einwirkungen hingegen *vermeidbar*, so gibt es auch gegen die öffentlich-rechtlichen Korporationen nebst einer zivilrechtlichen Schadenersatzklage eine zivilrechtliche Unterlassungsklage³¹⁵.

Die Beseitigungsklage kann gegebenenfalls aber auch gestützt auf OR 58/59 gegen den Eigentümer eines mangelhaften Werks erhoben werden. Die Klage nach OR 59 schliesst doch wohl das Begehren auf Beseitigung drohenden Schadens in sich. Die sichernden Massregeln werden darin bestehen, dass dem Werkeigentümer die Behebung des Mangels oder das Anbringen von Schutzvorrichtungen befohlen wird. Darin mag auch der Grund liegen, warum der in der Expertenkommission zu Art. 1073 des III. Entwurfs zum revidierten OR vorgeschlagene Text: «Il peut être tenu en outre prendre les mesures nécessaires pour faire cesser le dommage» nicht durchgedrungen ist³¹⁶. Die Beseitigungsklage ist jedoch auf Grund von OR 58/59 nur insofern gegeben, als sie Schutzvorkehrungen verlangt, nicht dagegen insofern, als sie Unterlassungsklage ist. Freilich bleibt zu beachten, dass sich das Problem der Schadensvermeidung für die Werk- und Grundeigentümerhaftung verschieden stellt. Die nachbarlichen Schädigungen dauern als Folgen der widerrechtlichen Eigentumsausübung in der Regel solange an wie diese selbst und entstehen mit periodischen Ueberschreitungen aufs neue. Demgegenüber sind die Werkschäden meistens auf einmalige Schadensereignisse zurückzuführen³¹⁷, weshalb der Beseitigungsklage bei der Werkhaftung kein grosser Anwendungsbereich verbleibt. Rühren jedoch Werkschäden ausnahmsweise von einem bestimmten unveränderten Werkzustand her — Schädigungen entstehen zum Beispiel durch Regen- und Schneewasser, das infolge ungenügenden Wasserablaufs einer Strasse fortwährend seitwärts auf die benachbarten Grundstücke abläuft³¹⁸ — so ist die Beseitigungsklage zweifellos auch auf Grund von OR 58/59 gegeben³¹⁹.

³¹⁵ Vgl. § 9 III. a. E. und dortige Zitate.

³¹⁶ Vgl. dazu insbesondere Rothenhäusler, S. 103 f.

³¹⁷ Vgl. § 7 II. 1. a. E.

³¹⁸ Vgl. § 7 III. Beispiele 9 und 10 und zit. Entscheide.

³¹⁹ Gl. M. Rothenhäusler, S. 103 f.

IV. Die Verjährung der Ansprüche

Für die Verjährung des Schadenersatzanspruchs aus OR 58 und ZGB 679 gilt die Vorschrift von OR 60³²⁰. Danach verjährt der Ersatzanspruch grundsätzlich nach einem Jahre seit Kenntnis des Schadens. Liegt aber keine abgeschlossene schädigende Handlung vor, sondern ein dauernder schädigender Zustand, so ist die Verjährung für den früher eingetretenen Schaden zu verneinen³²¹. Unverjährbar ist nach bundesgerichtlicher Praxis³²² als Eigentumsklage der Anspruch auf Beseitigung der Schädigung gemäss ZGB 679.

V. Abgrenzung von andern Klagen

Dem Grundeigentümer stehen ausser den Klagen aus ZGB 679 und OR 58/59 noch weitere Rechtsbehelfe zur Verfügung. Hinzuweisen ist hier namentlich auf die allgemeine Bestimmung von ZGB 641, 2 und die Besitzesschutzklage gemäss ZGB 928.

Die der *actio negatoria* des gemeinen Rechts bei einigen Abweichungen entsprechende Vorschrift von ZGB 641, 2 gibt dem Eigentümer einer Sache das Recht, jede ungerechtfertigte Einwirkung abzuwehren. Aus diesem sogenannten Ausschliessungsrecht des Eigentümers fliesst wie aus ZGB 679 der Anspruch auf Unterlassung und Beseitigung der Störung. Inhaltlich unterscheidet sich ZGB 641, 2 von der Grundeigentümerhaftung durch das Fehlen eines Schadenersatzanspruchs. Während der beeinträchtigte Grundeigentümer gestützt auf ZGB 679 Schadenersatz verlangen kann, ohne dass ein Verschulden vorliegt, kann er andernfalls einen eventuellen Ersatzanspruch nur nach den allgemeinen Bestimmungen von OR 41 ff. geltend machen. Aber auch hinsichtlich der Klagelegitimationen ergeben sich zwischen den beiden Normen Unterschiede. Der negatorische Anspruch steht nur dem Eigentümer zu, derjenige aus ZGB 679 dagegen ausser dem Eigentümer auch den am Grundstück dinglich oder obligatorisch Berechtigten. Andererseits richtet sich aber die Klage aus ZGB 641, 2 gegen

³²⁰ v. Tuhr-Sieewart, S. 373 f.; Schärer, S. 90 f., 126; Bachmann, S. 147; BGE 68 II 375.

³²¹ v. Tuhr-Sieewart, S. 375 N 34; BGE 55 II 253: «Wenn in Art. 60 OR bestimmt ist, dass der Anspruch auf Schadenersatz in einem Jahre vom Tage hinweg, wo der Geschädigte Kenntnis vom Schaden erlangt hat, verjähre, so ist unter ‚Schaden‘ der als abgeschlossen gedachte Verlust zu verstehen. Solange also das schädigende Ereignis fortdauert, tritt die Verjährung nicht ein.» Vgl. auch BGE 14, S. 630, Erw. 5.

³²² BGE 68 II 374.

jedermann, wogegen aus ZGB 679 nur der Eigentümer des schädigenden Grundstücks und allfällige dinglich Berechtigte passivlegitimiert sind ³²³.

Einen vorläufigen Schutz gegen Ueberschreitungen des Eigentumsrechts bietet auch die *Klage aus Besitzesstörung* gemäss ZGB 928. Danach kann der Besitzer des beeinträchtigten Grundstücks, falls die Störung noch andauert, auf Beseitigung derselben, andernfalls auf Unterlassung fernerer sowie erstmals drohender ³²⁴ Störung und bei Verschulden auf Schadenersatz klagen. Dem negatorischen Ansprüche gleich, richtet sich die Klage aus Besitzesstörung gegen jeden Störer, nicht nur gegen den sein Eigentumsrecht überschreitenden Nachbarn, während die Aktivlegitimation aus ZGB 928 dem Besitzer des Grundstücks zusteht. Demnach sind hier wie aus ZGB 679 auch Mieter und Pächter klageberechtigt ³²⁵. Die Besitzeschutzklage schafft jedoch nur einen provisorischen Rechtszustand; über das Recht selbst muss erst noch in einem besonderen Prozesse, sei es auf Grund von ZGB 641 oder 679, entschieden werden.

§ 11. Der Rückgriff

Da Werk- und Grundeigentümer schlechthin ³²⁶ für den Schaden haften, der infolge eines Werkmangels, bzw. einer Eigentumsüberschreitung entsteht, unabhängig davon, ob eventuell andere Personen die Mangelhaftigkeit des Werks oder die Ueberschreitung des Eigentums verursacht haben, sieht das Gesetz zur Korrektur den Rückgriff auf diese vor. Für die Werkhaftung ist das Regressrecht in OR 58, 2 ausdrücklich erwähnt, während für die Grundeigentümerhaftung eine derartige Bestimmung fehlt. Auf Grund besonderer Rechtsverhältnisse kann jedoch auch dem Grundeigentümer der Rückgriff auf die eigentlichen Schadensstifter zustehen.

Vorbehalten bleibt dem *Werkeigentümer*, wie sich aus dem Wortlaute des Gesetzes ergibt, der Rückgriff auf andere, die ihm für die fehlerhafte Herstellung oder mangelhafte Unterhaltung des Werkes verantwortlich sind. Dieser ausdrücklichen Erwähnung des Regressrechts in OR 58, 2 kommt aber keine selbständige Bedeutung zu; sie dient vielmehr bloss als Hinweis auf allfällige Verpflichtungen, die dem Werkeigentümer gegenüber auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses, sei es eines Vertrages oder einer unerlaubten Handlung

³²³ Vgl. dazu Haab, zu ZGB 679 N 16; Bachmann, S. 152—154; Blumer, S. 185 f.

³²⁴ Was zwar aus dem Wortlaute des Gesetzes (ZGB 928, 2) nicht hervorgeht.

³²⁵ Vgl. die Zusammenstellung bei Bachmann, S. 153 f.; Blumer, S. 185 f.

³²⁶ Vgl. allerdings die Entlastungsgründe in § 8.

nach OR 41, bestehen³²⁷. In Betracht fällt namentlich der Regress gegen den Bauunternehmer, den Architekten, den Verkäufer, einen schuldhaften Dritten und bezüglich der ordentlichen kleineren Reparaturen³²⁸ gegen einen Unterhaltspflichtigen (Nutzniesser, Mieter, Pächter)³²⁹.

Analog dem Regressrecht des Werkeigentümers steht auch dem *Grundeigentümer* die Möglichkeit zu, sich durch Rückgriff auf die eigentlichen Urheber des Schadens zu entlasten, vorausgesetzt, dass sich deren Verantwortlichkeit aus einem besonderen Rechtsverhältnis (Vertrag, unerlaubte Handlung) ergibt. Bei der Haftung des Grundeigentümers verliert freilich das Rückgriffsrecht im Vergleich zur Werkhaftung dadurch an Bedeutung, dass aus ZGB 679 ausser dem Grundeigentümer auch beschränkt dinglich Berechtigte direkt vom Geschädigten belangt werden können (vgl. § 9 II.). Logisch richtig wäre es gewesen, das bereits aus den allgemeinen Lehren fliessende Rückgriffsrecht auch bei der Werkhaftung nicht besonders vorzusehen, oder dann aber die — bloss einen näheren Hinweis darstellende — ausdrückliche Normierung auch bei der Grundeigentümerhaftung vorzunehmen³³⁰. Dadurch wäre eine klare Lösung erfolgt, die zu keinen Zweifeln Anlass geben würde. Aus dem Umstande, dass das Gesetz das Regressrecht für die Werkhaftung ausdrücklich erwähnt, bei der Grundeigentümerhaftung sich aber darüber ausschweigt, könnte nämlich durch argumentum a contrario die unrichtige Folgerung gezogen werden, dass dem Grundeigentümer kein Regressrecht zusteht³³¹. Dieses beruht jedoch auf besonderen Rechtsverhältnissen.

Allgemein ist festzustellen, dass der Regressanspruch sich nach Art und Inhalt des bestehenden Rechtsverhältnisses bestimmt und den entsprechenden Verjährungsvorschriften unterliegt.

³²⁷ Vgl. Homberger, ZSR 49 N. F., S. 14a, der den Vorbehalt von OR 58, 2 als «selbstverständlich» bezeichnet; Oftinger, S. 272, 445 f.; Rothenhäusler, S. 45; Brühlmann, S. 158; Blumer, S. 68 f.; Funk, zu OR 58 N 6.

³²⁸ Vgl. darüber Oser-Schönenberger, zu OR 58 N 21.

³²⁹ Oser-Schönenberger, zu OR 58 N 19—22; Becker, zu OR 58 N 24 f.; Oftinger, S. 446 und zit. Entscheide; Schoop, S. 61—68.

³³⁰ Vgl. Art. 55, 2 und 56, 2 OR, die beide den Rückgriff ebenfalls regeln, trotzdem er sich aus den allgemeinen Lehren ableiten lässt; darüber Oftinger, S. 545, 595 f.

³³¹ Blumer, S. 194.

Die Konkurrenz verschiedener gesetzlicher Tatbestände

§ 12. Die Gesetzeskonkurrenz

Das Verhalten des Werk- und Grundeigentümers erfüllt oftmals ausser dem gesetzlichen Tatbestand von OR 58, bzw. ZGB 679 denjenigen einer weiteren Kausalhaftung, einer Vertragsverletzung oder einer unerlaubten Handlung nach OR 41. Werk- und Grundeigentümer können daher auf Grund des gleichen Tatbestandes nach verschiedenen Normen verantwortlich werden. Der eine Haftpflichtige vereinigt dann in seiner Person mehrere Haftungsgründe (I. Gesetzeskonkurrenz). Ausnahmsweise kommt es aber auch vor, dass bei einem Tatbestand, der sowohl die Voraussetzungen von OR 58 und ZGB 679 erfüllt, die Haftungsansprüche sich gegen verschiedene Personen richten (II. Anspruchskonkurrenz).

I. Gesetzeskonkurrenz

Ergeben sich bei einem bestimmten Tatbestand gegen eine Person aus verschiedenen Rechtsnormen Ansprüche auf Ersatz des gleichen Schadens, so liegt Gesetzeskonkurrenz vor³³². Hier erhebt sich die Frage, in welchem Verhältnis die einzelnen anwendbaren Bestimmungen zueinander stehen; herrscht das Verhältnis der Alternativität, wonach wahlweise die eine oder andere Bestimmung angerufen werden kann, oder aber dasjenige der Exklusivität, nach welchem die eine anwendbare Vorschrift die übrigen ausschliesst? Dies bestimmt sich je nach der Art der Vorschrift, mit der die anwendbare Werk- oder Grundeigentümerhaftung konkurriert. Gegenüber der Verschuldenshaftung nach OR 41 stellen die Kausalhaftungen des OR und ZGB *leges speciales* dar und gehen dieser gemäss dem Grundsatz *lex specialis derogat legi generali* vor³³³. Der Kläger wird sich im Hinblick auf die leichtere Beweislast ja in der Regel auch auf die Kausalhaftung berufen, falls im konkreten Falle nicht etwa andere Gründe, wie zum Beispiel die Verjährungsvorschriften, das Vorgehen nach der Verschuldenshaftung als günstiger erscheinen lassen. Bei Konkurrenz von OR 58 oder ZGB 679 mit einer vertraglichen Haftung (zum Beispiel aus Mietvertrag, Pachtvertrag) sind dagegen nach herrschender Meinung beide Haftungsbestimmungen alternativ anwendbar³³⁴.

³³² Vgl. Gröner, S. 2; Rothenhäusler, S. 41; Brühlmann, S. 32; Oftinger, S. 355 und Zit.; Schärer, S. 11 f., 173 f.; Schoop, S. 73.

³³³ Oftinger, S. 358.

³³⁴ Oser-Schönenberger, Vorbem. zu OR 41 ff. N. 15 ff.; Becker, Vorbem. zu OR 41 ff. N. 1; Oftinger, S. 361 und Zit.; Rothenhäusler, S. 41 f.; Jeker, S. 44; BGE 57 II 66; 60 II 342; 64 II 258 ff. Auch hierfür wird etwa der Ausdruck *Anspruchskonkurrenz* verwendet.

Schliesslich ist es, wie aus der vorliegenden Arbeit hervorgeht ³³⁵, auch möglich, dass dieselbe Person auf Grund des gleichen Tatbestandes zugleich als Werk- und Grundeigentümer haftbar wird, so dass zwei verschiedene spezielle Normen miteinander konkurrieren. Aus ihrem Verhältnis der Koordination ³³⁶ folgt, dass sie alternativ anwendbar sind. Der Geschädigte kann daher nach seiner Wahl gestützt auf OR 58 oder ZGB 679 gegen den Verantwortlichen vorgehen ³³⁷.

II. Anspruchskonkurrenz

Ausnahmsweise ist in einem Schadensfalle, der den gesetzlichen Tatbestand von OR 58 und ZGB 679 erfüllt, nicht dieselbe Person aus den beiden Bestimmungen verantwortlich. Diese Möglichkeit besteht bei denjenigen nachbarlichen Schädigungen, die von Fahrnisbauten herrühren, an denen Sondereigentum besteht, ohne dass diesen ein dingliches Recht am Grundstück zugrunde liegen würde. Hier ist aus ZGB 679 der Grundeigentümer, aus OR 58 dagegen der Eigentümer der Fahrnisbaute haftbar ³³⁸. Für dieselbe Schädigung haben demnach verschiedene Personen einzustehen, weshalb man auch von Anspruchs- oder Klagenkonkurrenz spricht ³³⁹. Grundsätzlich kann der Geschädigte vorgehen, gegen wen er will ³⁴⁰. Nimmt er aber den anscheinend vermöglicheren Grundeigentümer in Anspruch, so stellt sich die Frage eines eventuellen Regresses des Belangten auf den Werkeigentümer. Die Rückgriffsregelung von OR 51, 2 versagt freilich hier, da sie nur den Regress unter Ersatzpflichtigen, die aus verschiedenen, nicht gleichen Haftungsgründen verantwortlich sind, ordnet ³⁴¹. Aus dem besonderen Rechtsverhältnis zwischen Werk- und Grundeigentümer, auf Grund dessen jenem das Recht zusteht, seine Fahrnisbaute auf dem fremden Grundstück zu halten, kann sich dagegen die Verantwortlichkeit des Werkeigentümers gegenüber dem Grundeigentümer ergeben (vgl. § 11).

³³⁵ Vgl. insbesondere § 3 IV. 2. und § 7 III.

³³⁶ Vgl. § 3 IV. 2.

³³⁷ Er kann aber auch beide gleichzeitig im Eventualverhältnis anrufen. Vgl. dazu Oftinger, im allgemeinen Teil, S. 358 f. und zit. BGE 31 II 27, 225; Rothenhäusler, S. 42.

³³⁸ Vgl. § 9 II. a. E.

³³⁹ Vgl. darüber allgemein Guhl, S. 143 ff. Schärer, S. 55 ff.; Oftinger, S. 243—273; Brühlmann, S. 32 f.; v. Tuhr-Sieewart, S. 394—399; die Kommentare zu OR 51; BGE 43 II 211; 55 II 315; 60 II 155; 63 II 149 u. a. m.

³⁴⁰ Statt vieler Guhl, S. 145; Schärer, S. 56; Oftinger, S. 253.

³⁴¹ BGE 55 II 123.

Schlussbetrachtungen

Die Aufgabe der vorliegenden Arbeit bestand darin, die im Obligationenrecht aufgestellte Werkhaftung von der im Sachenrecht geregelten Verantwortlichkeit des Grundeigentümers, mit welcher jene in einem «gewissen Zusammenhang»¹ steht, abzugrenzen. Beides sind Haftungen ohne Verschulden (vgl. § 2). Es sind Sachhaftungen, die gemeinsame Beziehungspunkte aufweisen. Keine der beiden Haftpflichtnormen erscheint aber als der anderen subordiniert, vielmehr besteht zwischen ihnen das Verhältnis der *Nebenordnung* (vgl. § 3 IV. 2.). Die weitergehende Grundeigentümerhaftung soll die Werkhaftung nicht ersetzen, sondern *ergänzen*, indem sie eine Haftpflicht für nachbarliche Schädigungen begründet, auch wenn die Schäden nicht die Folgen fehlerhafter Herstellung oder mangelhafter Unterhaltung eines Werkes sind, sondern sich ganz allgemein auf Ueberschreitungen des Eigentumsrechts durch den Grundeigentümer zurückführen lassen. Häufig gehen aber die nachbarlichen Schädigungen gerade von bestimmten Einrichtungen auf dem Grundstück aus, die als Werke im Sinne von OR 58 anzusehen sind, so dass sich das Problem der Abgrenzung der Anwendungsgebiete von OR 58 und ZGB 679 stellt (vgl. § 3 IV. 2. und § 5 II. 4.). Wie anhand der Ausführungen über die besonderen Haftungsprämissen (vgl. § 7 I. und II.) und praktischer und theoretischer Beispiele (vgl. § 7 III.) dargetan wurde, *überschneiden* sich die beiden Anwendungsbereiche zum Teil (vgl. auch § 3 IV. 2.); es gibt Schadensfälle, welche die Voraussetzungen beider Vorschriften erfüllen. Diese Möglichkeit besteht, wenn nachbarliche Schädigungen von Werken herrühren, die, trotzdem sie infolge von fehlerhafter Herstellung oder mangelhafter Unterhaltung den an sie gestellten Anforderungen nicht oder nur teilweise zu genügen vermögen, vom Eigentümer benutzt, bzw. weiterbenutzt oder pflichtwidrig im gefährlichen Zustand belassen werden (vgl. § 7 III. a. E.). In diesen Fällen sind Werk- und Grundeigentümerhaftung *alternativ* anwendbar; der Geschädigte kann sich wahlweise auf die eine oder andere Bestimmung oder — im Eventualverhältnis — auf beide berufen (vgl. § 12).

¹ Guhl, S. 142.

